

Kaspar Gerber

# Recht und Evidenz in der Pandemie

*Juristische Analysen aus  
zwei Jahren der  
Covid-19-Bekämpfung*



Kaspar Gerber

# Recht und Evidenz in der Pandemie

*Juristische Analysen aus  
zwei Jahren der  
Covid-19-Bekämpfung*

EIZ  Publishing



Recht und Evidenz in der Pandemie von Kaspar Gerber wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](#) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2022 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

**Verlag:** EIZ Publishing ([eizpublishing.ch](http://eizpublishing.ch))

**Produktion & Vertrieb:** buch & netz ([buchundnetz.com](http://buchundnetz.com))

**ISBN:**

978-3-03805-476-4 (Print – Softcover)

978-3-03805-477-1 (Print – Hardcover)

978-3-03805-478-8 (PDF)

978-3-03805-479-5 (ePub)

**DOI:** <https://doi.org/10.36862/eiz-477>

**Version:** 1.00 – 20220401

Dieses Werk ist als gedrucktes Buch sowie als E-Book (open access) in verschiedenen Formaten verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL:

<https://eizpublishing.ch/publikationen/recht-und-evidenz-in-der-pandemie/>.

# Zum Geleit

Die Bewältigung der Covid-19-Pandemie hat alle Staaten der Welt vor grosse Herausforderungen gestellt. Auch die Schweiz und ihre Kantone waren mit zahlreichen neuen Fragestellungen konfrontiert. Häufig musste rasch und auf der Grundlage eines unsicheren Kenntnisstandes agiert werden. Einen vorbereiteten Plan für die Bewältigung einer Pandemie dieses Ausmasses gab es nicht. Auch weitere – gesetzliche an sich geforderte – Vorbereitungen für den Fall einer Pandemie waren nur in unzureichendem Mass getroffen worden.

Der demokratisch gesetzte rechtliche Rahmen sowie die möglichst rationale Orientierung an den Tatsachen, d.h. an der wissenschaftlichen Evidenz, bilden auch in Krisenzeiten die zentralen Orientierungspunkte eines staatlichen Handelns, das einem freiheitlich-demokratischen Verfassungsverständnis gerecht werden und eine Basis für den Ausgleich zwischen unterschiedlichen Interessen schaffen will.

Die teilweise einschneidenden Massnahmen, die zur Bekämpfung und Bewältigung der Pandemie getroffen wurden, stellten allerdings in mancherlei Hinsicht Neuland dar. Gleichwohl war an sich unbestritten, dass sich die Pandemiebewältigung im Rahmen der verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Vorgaben zu bewegen hatte, zumal die Schweiz mit ihrem Epidemien-gesetz über eine moderne, aktuellen Bedürfnissen angepasste Gesetzgebung verfügt.

Das Spannungsverhältnis zwischen den bestehenden rechtlichen Grundlagen und den im realen oder vermeintlichen Interesse der Pandemiebewältigung getroffenen Massnahmen hat den Autor der in diesem Band vereinten Beiträge schon frühzeitig zu juristisch-kritischen Überlegungen veranlasst. Häufig wiesen die Beiträge auf rechtliche Defizite bei einzelnen Massnahmen hin, nicht selten nahmen sie auch spätere Entwicklungen vorweg. Im Zentrum der Überlegungen stand dabei stets die Frage nach der Vereinbarkeit der Massnahmen mit dem geltenden Recht und – besonders wichtig – mit dem damals bereits bekannten wissenschaftlichen Erkenntnisstand; sie beschäftigen sich also, wie der Titel des Bandes erkennen lässt, mit Recht und Evidenz in der Pandemie.

Zahlreiche Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler haben sich im Laufe der Pandemie zu Wort gemeldet, um das behördliche Vorgehen zu unterstützen, zu begleiten oder auf allfällige Probleme hinzuweisen. Nur wenige Rechtswissenschaftler haben allerdings die Entwicklung so konsequent und beharrlich begleitet und kommentiert wie der Autor dieses Bandes. Man hätte sich gewünscht, dass die Diskussion der Pandemiebewältigung viel häu-

figer und auch viel intensiver auf der Grundlage der rechtlichen Vorgaben und der wissenschaftlichen Evidenz stattgefunden hätte – also mit stets erkennbarem Bezug zu den Orientierungspunkten des freiheitlich-demokratischen Verfassungsverständnisses.

Die Beiträge dokumentieren, dass es den Behörden in Bund und Kantonen nicht immer gleich gut gelungen ist, die rechtlichen Vorgaben sowie die wissenschaftlichen Erkenntnisse gleichermaßen zu berücksichtigen. Die politische Diskussions- und Debattenkultur hat zudem während der zwei Jahre der Pandemie gelitten – wohl auch deshalb, weil die zentralen Orientierungspunkte rationaler Regulierung, also Recht und wissenschaftliche Evidenz, häufig nicht mehr im Zentrum standen.

Herr Dr. iur. Kaspar Gerber, LL.M., verdient für seinen beharrlichen Einsatz für Rechtsstaatlichkeit auch in Krisenzeiten höchsten Respekt. Und dafür, dass er seine Erkenntnisse aus den zwei Jahren der Covid-19-Pandemie in einem Sammelband vereint und damit die Erfahrungen im Hinblick auf künftige Herausforderungen diskutierbar macht, gebührt ihm ein zusätzlicher Dank.

Prof. Dr. iur. Thomas Gächter

# Inhalt

<b>Zum Geleit</b>	<b>5</b>
<b>Vorwort</b>	<b>9</b>
<b>Grundfragen</b>	<b>11</b>
Covid-19: Menschenbild im Wandel	13
<b>Wissenschaftliche Evidenz</b>	<b>17</b>
Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes	19
Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes zum Zweiten	35
Faktoren für Covid-19-Mortalität – beeinflussbar?	45
Massnahmen gegenüber der Gesamtbevölkerung, gegenüber Risikogruppen in professioneller Obhut und das Präventionsparadoxon	49
Covid-19: Schlaglichter auf das Verhältnis zwischen «Recht» und «Wissenschaft»	59
<b>Kommunikation in der Pandemie</b>	<b>71</b>
Öffentliche Kommunikation der «Swiss National Covid-19 Science Task Force»	73
<b>Einzelne Coronamassnahmen</b>	<b>79</b>
Maskenpflicht	81
«Maskenpflicht» im öffentlichen Verkehr	81
Covid-19-Verordnung besondere Lage (Maskentragpflicht; Homeoffice-Empfehlung), Änderung vom 18. Oktober 2020 (Inkrafttreten am 19. Oktober 2020)	95
«Circuit Breakers»	101

<u>Quarantäne</u>	103
<u>Covid-19: Bundesrechtliche Voraussetzungen für die Anordnung der Quarantäne bei engem Kontakt mit einer infizierten Person</u>	103
<u>Impfung</u>	113
<u>Covid-19: Verhältnismässigkeit von Massnahmen zur Impfmotivation</u>	113
<u>Zertifikat</u>	121
<u>Problematischer indirekter Impfwang durch das Covid-Zertifikat</u>	121
<u>Ausweitung der Covid-19-Zertifikatspflicht – Impfeempfehlung, Impfblogatorium oder schon Impfwang?</u>	124
<b><u>Beweisfragen</u></b>	<b>137</b>
<u>Drei Leiturteile des Bundesgerichts zu kantonalen Coronamassnahmen</u>	139
<b><u>Rechtsschutz</u></b>	<b>179</b>
<u>Rechtsschutz bei Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie</u>	181
<u>Streifzug durch den Rechtsschutz</u>	203
<u>Rechtsschutz gegen bundesrätlich angeordnete Schliessungen von Gastronomiebetrieben und Fitnesscentern</u>	211

## Vorwort

Nach über zwei Jahren im weltweiten «Coronamodus» ist es Zeit für eine Standortbestimmung, die sowohl zurück- als auch in die Zukunft blickt; denn unabhängig davon, ob die Covid-19-Pandemie bei Erscheinen dieses Buches für beendet erklärt ist, scheint klar: Nach der Pandemie ist vor der Pandemie.

Die vorliegende Publikation umfasst meine während meiner Postdoc-Zeit am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich publizierten Stellungnahmen zu verschiedenen Rechtsfragen rund um die Bewältigung der Pandemie. Die in diesem Buch zusammengestellten Aufsätze stammen aus dem jeweiligen «Akutstadium» der Pandemie. Es handelt sich also nicht um nachträgliche Beurteilungen aus dem «sicheren Hafen» und vor dem Hintergrund (vermeintlich) besserer Erkenntnis. Die Beiträge werden thematisch gegliedert, aber inhaltlich unverändert präsentiert. Dadurch ist es möglich, dass einige der zitierten Internetquellen vielleicht nicht mehr an den angegebenen Stellen auffindbar sind. Für die Nachbearbeitung der Pandemie steht jedoch die Absicht im Vordergrund, rechtzeitig abgegebene juristische Einschätzungen transparent und möglichst unverfälscht zu präsentieren.

Worin besteht nun die (juristische) Quintessenz aus den letzten zwei Pandemie Jahren? Aus meiner Sicht ist, nebst der unmittelbaren medizinischen Problematik, eine offensichtliche Krise der Sachverhaltserhebung, d.h. generell bei der Erhebung und beim Umgang mit wissenschaftlicher Evidenz, feststellbar geworden. Bemerkenswert waren sodann die verschiedenen Ungeheimheiten rund um die (knappen) Spitalkapazitäten – mithin eine gesetzlich geschuldete Leistung für die gesamte obligatorisch versicherte Wohnbevölkerung der Schweiz. Auch die Kommunikation der Wissenschaft, namentlich der eigens eingesetzten Taskforce, sowie die Wissensvermittlung an die relevanten Akteure verliefen manchmal suboptimal. Etliche der ergriffenen Massnahmen liessen sich daher schwer auf eine belastbare evidenz- und faktenbasierte Grundlage stützen. Gelegentlich schienen Symbolpolitik und die blosser Orientierung an Massnahmen, die von Nachbarländern ergriffen wurden, das evidenzbasierte Handeln zu überwiegen. Das entsprechende behördliche Vorgehen stiess allerdings auf breite Akzeptanz in Gesellschaft und Politik. Letztlich war damit ein – hoffentlich nur temporärer – Wandel des juristischen Beweisbegriffs, des Wissenschafts- und letztlich des Menschenbilds zu beobachten.

Die genannten Entwicklungen waren wohl nicht nur für mich bis zum Pandemiebeginn für schweizerische Verhältnisse kaum vorstellbar. Die Aufarbeitung der Entwicklungen soll letztlich dazu beitragen, dass die evidenzbasierte und juristisch rationale Entscheidungsfindung bei der nächsten Krise besser gelingt.

Ich danke Herrn Prof. Dr. Thomas Gächter für die Postdoc-Anstellung an seinem Lehrstuhl, die den Rahmen für die hier zusammengestellten Schriften geboten hat, EIZ-Publishing für die Aufnahme des Buches ins Verlagsprogramm und schliesslich Herrn stud. iur. Selim Tisli, wissenschaftlicher Assistent, EIZ, für die grosse technische Unterstützung bei der Zusammenstellung dieses Buchs.

Dr. iur. Kaspar Gerber, LL.M.

# Grundfragen



# Covid-19: Menschenbild im Wandel\*

## Homo homini virus est?

*Der sich wohl noch länger hinziehenden Coronalage ist mit der Erörterung einzelner epidemiologischer, juristischer und politischer Aspekte nicht mehr beizukommen. Zum echten «Gamechanger» wird möglicherweise erst eine breite Diskussion über das sich seit Pandemiebeginn gewandelte Menschenbild – vom vermutungsweise gesunden zum vermutungsweise kranken Menschen.*

Gegenwärtig rollt die x-te Coronawelle über die Schweiz. Seit Februar 2020 gelten verschiedene Coronamassnahmen. Zudem ist der «Kuchen» der gesetzlichen Leistungen, v.a. im Intensivpflegebereich, durch Personal- und damit auch Bettenverlust kleiner geworden. Anlass genug für ein Schlaglicht auf ein markantes Coronaphänomen: Das bis zum Pandemiebeginn in der Schweiz «übliche» Menschenbild scheint sich in dieser Zeit stark gewandelt zu haben.

Das «Big Picture» des staatlichen Risikomanagements bei Covid-19: Coronamassnahmen aller Art beruhen auf der rechtlich mehr oder weniger sinnvoll materialisierten *Grunderkenntnis*, wonach umso weniger Virenübertragungen erfolgen, je mehr physische Distanz die Menschen zueinander halten. Bei respiratorischen Viren handelt es sich allerdings um ein konstantes, *im sozialen Leben alltägliches und saisonal akzentuiertes*, zunächst grundsätzlich von *allen Menschen* zwangsläufig zu tragendes Lebensrisiko. Gegenmassnahmen wie das «Social Distancing» gegenüber der breiten Bevölkerung verursachen daher, je nach deren Intensität und Dauer, sofort *gesamtgesellschaftliche Kollateralschäden*. In der *Gesamtbevölkerung* die Verbreitung *ubiquitärer* respiratorischer Viren zu vermindern, ist ohnehin schwerer als das sprichwörtliche Hüten eines *Sacks voller Flöhe*. Hierzu ist je nach Massnahme ein technisch und personell *beliebig aufwendiger* (staatlicher) Kontrollapparat erforderlich. Es drohen zudem bei gleichzeitig ergriffenen und/oder undifferenzierten, nicht risikobasierten Massnahmen gegenüber der breiten Bevölkerung falsche und kontraproduktive *Kausalitätsbeurteilungen* sowie *Kontrollillusionen*. Bei *erhöhter Gefahrenlage* durch respiratorische Viren, wie gegenwärtig durch Covid-19, drängt sich realistischereweise der gezielte Schutz der unterdessen *gut identifizierbaren Risikogruppen* auf. Soweit die Theorie.

Heute zeigt sich allerdings die folgende Gesamtsituation: Staatliche Coronaregeln gelten in praktisch *allen Lebensbereichen* (noch) ausserhalb der eigenen

---

\* Erschienen in: Jusletter, Coronavirus-Blog vom 17. Dezember 2021.

vier Wände – unabhängig vom *individuellen* Risikostatus und vom *klinischen Zustand* der betroffenen Personen. Der Zutritt zu den meisten *öffentlich zugänglichen Innenräumen* ist für den Grossteil der Bürgerinnen und Bürger nur noch mit Masken und/oder Zertifikat möglich. Daneben sind weitere BAG-Hygienevorschriften wie Abstandsgebote, Niesvorschriften und Handschlagverbote einzuhalten. Auch (maskierte) Schulkinder werden mittels mehr oder weniger freiwilliger Massentests auf ihre epidemiologische Gefährlichkeit «gescannt».

Es entsteht der Eindruck, der Mensch solle *möglichst hermetisch* mit verschiedenen «Schutzschichten» bzw. Massnahmen von anderen Menschen abgeschirmt werden. Der Mensch wird von Staat und Gesellschaft somit einer *persönlich zu widerlegenden* «Krankheitsvermutung» unterworfen. Seine gesellschaftliche Relevanz wird zurzeit in erstaunlichem Ausmass über seine Eigenschaft als *potenziell tödliche Virenschleuder* definiert – im Grunde eine persönliche Beleidigung. Vermutungsweise *gesunde Menschen* existieren *de iure coronae* auch in der Schweiz praktisch nicht mehr.

Das Menschenbild scheint sich also *verändert* zu haben: Nur ein maskierter und/oder getesteter und/oder geimpfter Mensch ist ein (guter?) Mensch – und das auch nur mit genügendem Abstand oder hinter Plexiglasscheiben. Dieses Menschenbild hat seine Berechtigung (nur) in Gebieten mit *massiv gesteigerten Sicherheitsanforderungen* wie in einer Laborumgebung oder im professionellen Gesundheitsbereich.

Die Covid-19-Pandemie wird seit Beginn prominent via täglich medial frisch aufbereitetem Datenmaterial unerbittlich ins *Alltagsbewusstsein* der Bürgerinnen und Bürger gespeist. Dabei fehlen meistens gleichzeitige Relationsangaben zu mindestens so relevanten Lebensrisiken. Dazu kommt der Versuch der *stigmatisierenden* und *Schuld oder Unschuld implizierenden* Unterteilung von Bevölkerungsgruppen in «Treiber» oder «Nichttreiber» der Pandemie.

Die staatlich vermutete *generalisierte Fremdgefahr* durch Covid-19 hat den Boden bereitet für die *undifferenzierte Kollektivierung der Gesundheit* und entsprechenden moralischen Druck auf bestimmte *Bevölkerungsgruppen* – abwechselnd Reiserückkehrer im Allgemeinen, speziell z.B. Menschen aus dem Balkan, Partygänger, aktuell *pauschal* Ungeimpfte. Wer als nächstes?

Vorderhand wird das «Perpetuum mobile» von Virusmutationen und Massnahmen vermutlich ungebrochen weiterlaufen. Es wird sich aber je länger je mehr fragen, zu welchem Preis sich die *gegenwärtig herrschenden* Erwar-

tungen an den coronabezogenen «Hygienestaat» aufrechterhalten lassen. Erst diese breite Diskussion wird möglicherweise zum echten «Gamechanger» der Pandemie.

Die künftige Aufarbeitung der Covid-19-Pandemie wird sich der Frage zuwenden müssen, wie sich ein Menschenbild aus einer Laborumgebung oder aus dem professionellen Gesundheitsbereich zum *Massstab für das gesamtgesellschaftliche Leben* entwickeln konnte. Eine unvoreingenommene Analyse wird wahrscheinlich erst in einigen Jahrzehnten möglich sein – wenn sich (auch in den Köpfen) die dunklen Coronawolken verzogen haben.



# Wissenschaftliche Evidenz



# Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes\*

Der Autor äussert sich, gestützt auf eine Kurzanalyse des Regelungsgegenstands von Art. 7 EpG, zur Massgeblichkeit einschlägiger wissenschaftlicher Evidenz für bundesrätliche Corona-Massnahmen in der «ausserordentlichen Lage» gemäss Art. 7 EpG. Vor diesem Hintergrund beurteilt er die Schulschliessungen kritisch. Er begrüsst hingegen die Einsetzung der «Swiss National Covid-19 Science Task Force» und erhofft sich aus grundrechtlicher Sicht vom Bundesrat zeitnah eine «Exit-Strategie» aus der «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 EpG.

## I. Einleitung

Im Zuge der Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) hat der Bundesrat am 16. März 2020 die Situation in der Schweiz als «ausserordentliche Lage» gemäss Art. 7 des Epidemiengesetzes (EpG)<sup>1</sup> eingestuft.<sup>2</sup> Gleichzeitig hat er mit der «Covid-19-Verordnung 2»<sup>3</sup> verschärfte Massnahmen wie Geschäfts-schliessungen, Schulschliessungen, Versammlungsverbote usw. gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen sowie den Kantonen ergriffen. Dieser Beitrag befasst sich anhand des Beispiels der «Covid-19-Verordnung 2» mit der Massgeblichkeit wissenschaftlicher Evidenz<sup>4</sup> beim Erlass bundesrätlicher Verordnungen in der «ausserordentlichen Lage» gemäss Art. 7 EpG. Berücksichtigt sind die Entwicklungen bis und mit 4. April 2020.

---

\* Erschienen in: Jusletter vom 14. April 2020.

<sup>1</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemien-gesetz, EpG) vom 28. September 2012 (Stand am 1. Januar 2017), SR 818.101.

<sup>2</sup> Bundesrat, Coronavirus: Bundesrat erklärt die «ausserordentliche Lage» und verschärft die Massnahmen <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78454.html>>. Alle in diesem Beitrag angegebenen Websites wurden zuletzt besucht am 5. April 2020.

<sup>3</sup> Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) vom 13. März 2020 (Stand am 4. April 2020), SR 818.101.24.

<sup>4</sup> «Im Kontext der evidenzbasierten Medizin abgeleitet von englisch «evidence» für Nachweis oder Beweis mit der Bedeutung, dass Informationen, die zur ärztlichen Entscheidungsfindung eingesetzt werden, in Form wissenschaftlicher Fragestellungen in (klinischen) Studien untersucht werden, bis sich Thesen erwiesen haben oder verworfen werden.» (Psychyrembel Online, Evidenz [Qualitätsmanagement] <<https://www.psychyrembel.de/Evidenz%20%5BQualit%C3%A4tsmanagement%5D/S00T7>>>).

## II. Bisherige Relevanz der wissenschaftlichen Evidenz im EpG

### I. Wissenschaftliche Evidenz im Allgemeinen

Der wissenschaftliche Fortschritt, insbesondere in der Mikrobiologie mit dem Erkennen des Zusammenhangs zwischen Keim und Krankheit, war eine *Triebfeder* für das erste Epidemiengesetz des Bundes von 1886.<sup>5</sup> Eine schwere Typhusepidemie in Zermatt 1963 führte 1970 zur *ersten Totalrevision* des Gesetzes. Vor allem wegen der zunehmenden Mobilität, der zunehmenden Verstädterung, der Migrationsbewegungen und des Klimawandels musste das Epidemiengesetz sowohl technisch als auch rechtlich angepasst werden.<sup>6</sup> Das neue und heute geltende EpG trat nach Art. 88 Abs. 2 EpG am 1. Januar 2016 in Kraft. Bei dieser letzten Revision wurde im Zusammenhang mit der Massgeblichkeit wissenschaftlicher Erkenntnisse vor allem auf «Kontroversen aus wissenschaftlicher Sicht» zu «Impfprogrammen und einem Impfwang» hingewiesen.<sup>7</sup>

Nach Art. 4 Abs. 1 EpG legt der Bundesrat unter Einbezug der Kantone die Ziele und Strategien der Erkennung, Überwachung, Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten fest. Bei der Festlegung der Ziele und Strategien sind nach Abs. 2 insbesondere zu berücksichtigen: a. die Erkenntnisse der Berichterstattung nach Artikel 76; b. internationale Empfehlungen und Richtlinien; c. der aktuelle Stand der Wissenschaft. Lit. b meint auch, dass die Ziele und Strategien *mit anderen Staaten sowie supranationalen und internationalen Organisationen (EU, WHO) zu koordinieren sind*.<sup>8</sup> Art. 4 EpG bezweckt, die *Führungsrolle des Bundes* zu stärken.<sup>9</sup> Dem bundesrätlichen Vorschlag von Art. 4 EpG stimmten beide Räte diskussionslos zu.<sup>10</sup> Auch die je gestützt auf das EpG erlassene EpV<sup>11</sup> und die Verordnung über mikrobiologische Laborato-

---

<sup>5</sup> AB 2012 N 311, Votum IGNAZIO CASSIS für die Kommission.

<sup>6</sup> AB 2012 N 311, Votum IGNAZIO CASSIS für die Kommission.

<sup>7</sup> AB 2012 N 318, Votum YVONNE GILLI für die Kommission.

<sup>8</sup> BBl 2011 359–360, ohne Erläuterungen, was mit dem aktuellen Stand der Wissenschaft nach lit. c genau gemeint ist.

<sup>9</sup> BBl 2011 359.

<sup>10</sup> AB 2012 N 314; AB 2012 S 389.

<sup>11</sup> Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienverordnung, EpV) vom 29. April 2015 (Stand am 1. März 2019), SR 818.101.1.

rien<sup>12</sup> sehen an vielen Stellen die Massgeblichkeit wissenschaftlicher Grundlagen oder Erhebungen zu wissenschaftlichen Zwecken vor.<sup>13</sup>

Das EpG und die zugehörigen Verordnungen stehen somit im Sinn und Geist der Massgeblichkeit wissenschaftlicher Erkenntnisse. Doch gilt dies auch im Falle der «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 EpG?

## 2. Wissenschaftliche Evidenz bei Art. 7 EpG im Speziellen

Laut der bundesrätlichen Botschaft ist Art. 7 EpG *deklaratorischer Natur*. Er wiederholt auf Gesetzesstufe die verfassungsmässige Kompetenz des Bundesrates gemäss Art. 185 Abs. 3 BV<sup>14</sup>, in ausserordentlichen Situationen ohne Grundlage in einem Bundesgesetz *Polizeinotverordnungsrecht* zu erlassen.<sup>15</sup> Das *konstitutionelle Notstandsrecht* erlaubt es dem Bundesrat, bei unvorhersehbaren schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit, die eingetreten sind oder unmittelbar drohen, die adäquaten Massnahmen rasch und fallspezifisch anzuordnen. Im Gegensatz zur «besonderen

---

<sup>12</sup> Verordnung über mikrobiologische Laboratorien vom 29. April 2015 (Stand am 1. Januar 2016), SR 818.101.32.

<sup>13</sup> Siehe dazu BAG, Erläuterungen zur Verordnung vom 29. April 2015 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienverordnung, EpV) – zur Verordnung vom 29. April 2015 über mikrobiologische Laboratorien, 1. Mai 2016. Die folgenden Normen verweisen direkt auf wissenschaftliche Erkenntnisse und/oder indirekt nach Massgabe der Erläuterungen: **EpV**: Art. 4–5 «Meldepflicht» (S. 18); Art. 18 «Bearbeitung der Meldedaten» (S. 27); Art. 25 «Verhütung der Creutzfeldt-Jakob-Krankheit bei chirurgischen und medizinischen Eingriffen» (S. 32); Art. 32 «Nationaler Impfplan» (S. 40); Art. 61 «Zuteilung der Heilmittel» (S. 53); Art. 77 «Voraussetzungen für das Amt» (S. 58); Art. 86 «Kriterien zur Feststellung eines Zusammenhangs zwischen einer Impfung und einem Impfschaden» (S. 62); Art. 99 «Bearbeitung zu statistischen Zwecken» (S. 68); **Verordnung über mikrobiologische Laboratorien**: «Erläuterungen zur Verordnung über mikrobiologische Laboratorien», «Ausgangslage» (S. 75); Art. 9 «Räumlichkeiten und Einrichtung» (S. 79); Art. 14 «Akkreditierte Laboratorien» (S. 80); Art. 21 «Durchführung von Untersuchungen im Ausland» (S. 82); Anhang I: «Gute Praxis in mikrobiologischen Laboratorien» (S. 83–84) <<https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/epidemiengesetz/erl-bericht-epg.pdf.download.pdf/erlaeuternder-bericht-vo-recht-epg.pdf>>.

<sup>14</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand am 1. Januar 2020), SR 101.

<sup>15</sup> BBl 2011 365; kritisch zum Begriff «Notrecht» im Zusammenhang mit Massnahmen nach Art. 185 Abs. 3 BV URS SAXER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 185 N 10.

Lage» (Art. 6 EpG) ist deshalb auf Gesetzesstufe eine ausführliche Definition der «ausserordentlichen Lage» nicht möglich.<sup>16</sup> Der bundesrätliche Entwurf von Art. 7 EpG fand in beiden Räten diskussionslose Zustimmung.<sup>17</sup>

Eine unmittelbare Gefahr liegt vor, wenn eine Beeinträchtigung des Schutzgutes «nach den Umständen mit Sicherheit oder hoher Wahrscheinlichkeit» eintritt.<sup>18</sup> Abzustellen ist stets auf die *Ex-ante-Sicht*, wobei die Fehleinschätzung bzw. Überschätzung gewisser Gefahren in Kauf zu nehmen ist.<sup>19</sup>

In jedem Fall müssen die nach Art. 185 Abs. 3 BV ergriffenen Massnahmen die *Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns* nach Art. 5 BV einhalten. Das Legalitätsprinzip wird insofern relativiert, als die Massnahmen anstatt auf einer besonderen gesetzlichen Grundlage direkt auf der Verfassung beruhen.<sup>20</sup> Die Massnahmen müssen ferner ein *öffentliches Interesse* verfolgen, d.h. der Gefahrenabwehr dienen. Weiter muss in jedem Fall der Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* in zeitlicher, örtlicher, sachlicher und mit gewissen Einschränkungen persönlicher Hinsicht respektiert werden.<sup>21</sup> Schliesslich sind die Grundsätze der *Rechtsgleichheit* und von *Treu und Glauben* zu beachten.<sup>22</sup> Staatliche Handlungen müssen schliesslich generell auch *zumutbar* sein.<sup>23</sup> Ebenso sind die *Grundrechte* bei notrechtlichem Handeln des Bundesrates zu respektieren.<sup>24</sup>

Art. 185 Abs. 3 BV gibt dem Bundesrat die Befugnis, anstelle des Gesetzgebers zu handeln, nicht aber gegen ihn.<sup>25</sup> Der Bundesrat anerkennt denn auch im Zusammenhang mit der Covid-19-Verordnung 2 die Relevanz wissenschaftlicher Erkenntnisse, wie sie auch für die Anwendung des EpG bedeutend sind: sei es, dass deren Art. 7e Abs. 1 direkt auf die epidemiologische Situation (eines

---

<sup>16</sup> BBl 2011 366.

<sup>17</sup> AB 2012 N 318; AB 2012 S 391.

<sup>18</sup> SAXER (Fn. 15), Art. 185 N 84 m.w.H.

<sup>19</sup> SAXER (Fn. 15), Art. 185 N 84 m.H.a. BGE 137 II 431 E. 4.3.2.

<sup>20</sup> SAXER (Fn. 15), Art. 185 N 99 m.H.a. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 5. Januar 2010 E. 8.1.1.

<sup>21</sup> SAXER (Fn. 15), Art. 185 N 99 m.w.H. Vom Störerprinzip, welches die Verhältnismässigkeit in persönlicher Hinsicht konkretisiert, kann im Falle des Polizeinotstandes abgewichen werden (a.a.O., m.w.H.).

<sup>22</sup> SAXER (Fn. 15), Art. 185 N 99.

<sup>23</sup> ANDREAS SCHILTER, Der Umgang mit gebietsfremden Organismen aus rechtlicher Perspektive, SzU – Schriftenreihe zum Umweltrecht Band/Nr. 29, Jahr 2017, N 222.

<sup>24</sup> SAXER (Fn. 15), Art. 185 N 100 m.H.a. BGE 137 II 431.

<sup>25</sup> So GIOVANNI BIAGGINI in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 185 BV N 10c. Die Ansicht der umfassenden Gesetzesbindung ablehnend SAXER (Fn. 15), Art. 185 N 103.

Kantons) verweist, sei es, dass die Erläuterungen an mehreren Stellen epidemiologische Erkenntnisse für massgebend erklären, etwa schon beim Zweck der Verordnung bzw. der Massnahmen und bei einzelnen Artikeln.<sup>26</sup> Damit stellt der Bund die *Epidemiologie*<sup>27</sup> als relevante Wissenschaft ins Zentrum. Es fällt jedoch auf, dass Art. 7e Abs. 2 lit. b («Die betroffenen Branchen sind mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht in der Lage, die Präventionsmassnahmen nach Artikel 7d Absatz 1 umzusetzen») den Beweisgrad «hohe Wahrscheinlichkeit» definiert. Wie hoch dieser Beweisgrad ist, warum er im (bisher einzigen) Zielkanton von Art. 7e, dem Tessin, gegeben sein soll,<sup>28</sup> und wie hoch der Beweisgrad für die übrigen Tatbestände nach Abs. 2 ist, müsste bei anderer Gelegenheit vertieft geprüft werden.

### 3. Wissenschaftliche Evidenz am Beispiel der Schulschliessungen

Nach Art. 5 Abs. 1 der Covid-19-Verordnung 2 sind Präsenzveranstaltungen in Schulen, Hochschulen und übrigen Ausbildungsstätten verboten. Der Bundesrat hat allerdings bei den Schulschliessungen *die von ihm selbst als massgebend erachteten epidemiologischen Erkenntnisse nicht hinreichend beachtet*. Denn es ist zumindest fraglich, ob für die Wirksamkeit von Schulschliessungen eine wissenschaftliche Grundlage besteht.

---

<sup>26</sup> BAG, Erläuterungen zur Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19-Verordnung 2), Fassung vom 25. März 2020, Stand 4. April 2020, mit den folgenden Textpassagen: «Aufgrund der aktuell eingetretenen epidemiologischen Entwicklung haben rigide Massnahmen in der ersten Phase der Epidemie grössere Erfolgchancen, den epidemiologischen Verlauf nachhaltig zu beeinflussen, als Verschärfungen zu einem späteren Zeitpunkt.» («1. Ausgangslage und Zweck der Verordnung/der Massnahmen», S. 1, und «Wirkung der Massnahmen nach Artikel 5–7 und 7c», S. 24); «Wenn aufgrund der epidemiologischen Situation eine besondere Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung besteht...» («Inhalt von Artikel 7e», S. 26) <[https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/covid-19-erlaeuterungen-zur-verordnung-2.pdf.download.pdf/Erlaeuterungen\\_zur\\_Verordnung\\_2\\_ueber\\_die\\_Bekaempfung\\_des\\_Coronavirus.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/covid-19-erlaeuterungen-zur-verordnung-2.pdf.download.pdf/Erlaeuterungen_zur_Verordnung_2_ueber_die_Bekaempfung_des_Coronavirus.pdf)>.

<sup>27</sup> «Wissenschaftszweig, der sich mit der Verteilung von Krankheiten und deren physikalischen, chemischen, psychischen und sozialen Determinanten und Folgen in der Bevölkerung befasst» (Psyhyrembel Online, Epidemiologie <<https://www.psyhyrembel.de/Epidemiologie/K071L>>).

<sup>28</sup> Die sehr hohe Fallzahl im Tessin *an sich* vermag nicht zu erklären, dass z.B. nur Baubetriebe bzw. Baustellen und die Industrie im Kanton Tessin mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht in der Lage sein sollen, die (hier pflichtweise einzuhaltenden) Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und soziale Distanz zu erfüllen.

Der Bundesrat hielt fest, dass Kinder «sehr wenig betroffen sind durch dieses Virus»,<sup>29</sup> Kinder «nicht die Haupttreiber dieser Epidemie» sind, diese Epidemie «durch die Erwachsenen angetrieben wird»,<sup>30</sup> Kinder «nach wie vor» «praktisch nicht betroffen sind von der Krankheit»<sup>31</sup> und «Kinder sehr wenig betroffen sind von dieser Krankheit».<sup>32</sup> Und schliesslich sagt der Bund: «Kinder haben sehr selten Probleme mit dem Covid-Virus».<sup>33</sup>

Aus der vom Bundesrat zur Untermauerung des Entscheids der Schulschliessungen ins Feld geführten zitierten Studie des «European Centre for Disease Prevention and Control» (ECDC)<sup>34</sup> lässt sich *keine hinreichende Evidenz* für die Notwendigkeit von Schulschliessungen ableiten.<sup>35</sup> So steht nach Einschätzung des BAG unter Berufung auf eben diese ECDC *immer noch offen*, ob die Kinder Coronaviren «übertragen oder wenig übertragen», das «weiss man nicht ge-

---

<sup>29</sup> Bundesrat, zu Coronavirus (Covid-19): Aktueller Stand und Entscheide, Medienkonferenz vom 16. März 2020, Votum DANIEL KOCH, Leiter Abteilung Übertragbare Krankheiten BAG, 1h16m35s–40s <<https://www.youtube.com/watch?v=fnuTzODXLvw&list=PLEnHzNShzOwbxmvpk7ajVhE3m1mO6h6p9&index=6&t=0s>>.

<sup>30</sup> Bundesrat (Fn. 29), Votum KOCH (Fn. 29), 1h21m30s–43s.

<sup>31</sup> Bundesrat, zu Coronavirus (Covid-19), Medienkonferenz vom 25. März 2020, Votum KOCH (Fn. 29), 53m37s–47s <<https://www.youtube.com/watch?v=yPghbq5ccfE&list=PLEnHzNShzOwbxmvpk7ajVhE3m1mO6h6p9&index=3&t=0s>>.

<sup>32</sup> BAG, Medienkonferenz vom 30. März 2020, Votum KOCH (Fn. 29), 31m57s–32m05s <<https://youtu.be/TFQsabbUSms>>.

<sup>33</sup> BAG, Coronavirus: Stand der Dinge mit Fachleuten, Medienkonferenz vom 4. April 2020, Votum DANIEL KOCH, Delegierter des BAG für Covid-19, 35m52s–59s <[https://www.youtube.com/watch?v=oL-1V1so3M&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?v=oL-1V1so3M&feature=emb_logo)>.

<sup>34</sup> Bundesrat, zu Coronavirus (Covid-19), Medienkonferenz vom 13. März 2020, Votum Bundesrat BERSET, 27m40s–28m12s <<https://www.youtube.com/watch?v=LFI7vQU-YnY&list=PLEnHzNShzOwbxmvpk7ajVhE3m1mO6h6p9&index=6>>.

<sup>35</sup> ANDREAS MAURER, Wie ansteckend sind Kinder wirklich? Was die Wissenschaft bis jetzt dazu weiss, Solothurnerzeitung vom 19. März 2020. «Die Entscheidungsgrundlage, die keine Grundlage für den Entscheid des Bundesrates liefert» und «Die Studien, die BERSET zitierte, gibt es nämlich nicht. Auf Nachfrage hatte er auf den neusten Report des Europäischen Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten ECDC verwiesen. Das ist eine Agentur der EU, die wissenschaftliche Erkenntnisse aufbereitet. Im von BERSET zitierten Bericht heisst es, man wisse nicht, ob Kinder eine wichtige Rolle bei der Übertragung der Lungenkrankheit spielen würden. Die Landesregierungen sollten deshalb vorsichtig abwägen, ob sie Schulen tatsächlich schliessen wollten.» <<https://www.solothurnerzeitung.ch/schweiz/wie-ansteckend-sind-kinder-wirklich-was-die-wissenschaft-bis-jetzt-dazu-weiss-137175532>>.

nau.»<sup>36</sup> Immerhin hielt der Bund fest, dass Kinder das Virus – wenn auch selten – übertragen können, weshalb sie den Kontakt z.B. zu den Grosseltern vermeiden sollten.<sup>37</sup>

Die Schulschliessung erfolgte aus heutiger Sicht wohl eher deswegen, «weil die anderen Länder diese auch durchgeführt haben»<sup>38</sup> und «weil Eltern, die befürchten, dass ihr Kind jetzt irgendwie etwas ausgesetzt ist in den obligatorischen Schulen, das Kind nicht zu Hause behalten dürfen», dies im Gegensatz zur freiwilligen KITA.<sup>39</sup>

Zudem differenziert Art. 5 Abs. 1 der Covid-19-Verordnung 2 – was epidemiologisch von Bedeutung sein kann – nicht nach dem jeweils unterschiedlichen Publikum in einzelnen Bildungsstätten (z.B. Kinder in den Primarschulen oder junge Erwachsene an den Hochschulen).

Die rund um den 16. März 2020 bisher verfügbaren Informationen führen zur vorläufigen Erkenntnis, dass die Entscheidung der Schulschliessungen «nicht auf wissenschaftlicher Basis erfolgt ist»<sup>40</sup> bzw. zumindest «eher» nicht aus Gründen der «epidemiologischen Übertragung».<sup>41</sup> Der Effekt von Schulschliessungen wird derzeit auch nicht wissenschaftlich begleitet, weil es dazu «zu früh» ist.<sup>42</sup>

Was lässt sich dagegen unternehmen? Das Bundesverwaltungsgericht hielt im Zusammenhang mit einer Beschwerde gegen die Covid-19-Verordnung 2 mit dem Antrag auf abstrakte Normenkontrolle fest, dass es nicht befugt sei, eine bundesrätliche Verordnung auf deren Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen. Nur konkrete Anwendungsfälle könnten vom Bundesverwaltungsgericht bzw. vom Bundesgericht überprüft werden.<sup>43</sup> Eine gerichtliche Überprüfung

---

<sup>36</sup> Bundesrat (Fn. 29), Votum KOCH (Fn. 29), 1h16m40s–48s <<https://www.youtube.com/watch?v=fnuTzODXLvw&list=PLEnHzNShzOwbxmvpk7ajVhE3m1mO6h6p9&index=6&t=0s>>.

<sup>37</sup> BAG (Fn. 32), Votum KOCH (Fn. 29), 32m06s–32m52s.

<sup>38</sup> So gestützt auf seine Nachfrage beim BAG PIETRO VERNAZZA, Chefarzt Klinik für Infektiologie St. Gallen, in der Solothurnerzeitung vom 21. März 2020. «Aufgrund der neuen Erkenntnisse zeige sich, dass viele der Massnahmen vielleicht sogar kontraproduktiv seien. Vor allem die Schulen zu schliessen, hält er für falsch wie auch eine Ausgangssperre im epidemiologischen Sinn nicht das Richtige wäre.» <<https://www.solothurnerzeitung.ch/leben/die-zahlen-zu-den-jungen-corona-virus-erkrankten-sind-irrefuehrend-137232970>>.

<sup>39</sup> Bundesrat (Fn. 29), Votum KOCH (Fn. 29), 1h21m07s–30s.

<sup>40</sup> VERNAZZA (Fn. 38).

<sup>41</sup> Bundesrat (Fn. 29), Votum KOCH (Fn. 29), 1h21m07s–30s.

<sup>42</sup> Bundesrat (Fn. 31), Votum KOCH (Fn. 29), 52m59s–53m47s.

<sup>43</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1624/2020 vom 25. März 2020.

dieser Schulschliessungen müsste daher an eine einzelne geschlossene Schule anknüpfen. Dabei wäre der Versuch, eine gerichtliche Überprüfung der Schulschliessungen zu erreichen, aus diversen, hier nicht zu vertiefenden Gründen vermutlich nicht von praktischem, sondern bloss von akademischem Interesse.

### III. Künftige sinnvolle Einbindung der Wissenschaft in der «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 EpG

#### I. Probleme und Herausforderungen

Überhaupt leidet gegenwärtig die wissenschaftliche Untermauerung zumindest gewisser Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19). *In der aktuellen Situation wird gelegentlich in den Medien ein bisweilen unheimlich anmutender Wettstreit um immer schärfere freiheitseinschränkende Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) ausgetragen.* Es ist nicht auszuschliessen, dass Behörden aus Opportunitätsgründen in ihrem Zuständigkeitsbereich auf diesen Zug aufspringen, um Stärke und Handlungsfähigkeit zu demonstrieren. Denn auch Politiker (inkl. Bundesräte) und Richter lesen Zeitungen. Auch in anderen Ländern wie Deutschland ist zu beobachten, dass aufgrund des durch die mediale Berichterstattung erzeugten Handlungsdrucks die Politik «weniger wissenschaftsbasierte als vor allem politisch getriebene Entscheidungen» trifft, deren Richtigkeit erst später beurteilbar ist.<sup>44</sup>

Die Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) ist ein hochkomplexes Sachgeschäft. Fachpersonen haben daher ohne Zweifel faktisch einen grossen Einfluss auf politische Entscheidungen. Damit soll keineswegs einer *Technokratie* das Wort geredet werden. Eine Technokratie vermag keine «funktionierende demokratische Öffentlichkeit zu garantieren und die dafür notwendige soziale Kompetenz der Bürger zu substituieren.»<sup>45</sup> Politiker dürfen sich auch nicht zu «Erfüllungsgehilfen» z.B. von Virologen degradieren lassen.<sup>46</sup> Zentral

---

<sup>44</sup> CHRISTIAN DROSTEN, Chefvirologe der Berliner Charité im «Blick» vom 23. März 2020 <<https://www.blick.ch/news/der-faktor-zeit-ist-alles-entscheidend-sagt-der-virologe-wir-muessen-so-schnell-wie-moeglich-impfen-id15808536.html>>.

<sup>45</sup> So JONAS WÜTRICH, *Resilientes Privatrecht, Implikationen für die Rechtsordnung und die juristische Ausbildung*, Zürich/St. Gallen 2018, S. 84.

<sup>46</sup> «Damit verspricht der Staat der Bevölkerung letztlich eine Sicherheit, die er nicht gewährleisten kann.», so REINHARD K. SPRENGER, «NZZ» vom 30. März 2020, «Virologen regieren die Welt, Politiker gebärden sich als ihre Erfüllungsgehilfen: Dabei bleibt viel Vernunft auf der Strecke» <<https://www.nzz.ch/feuilleton/coronavirus-virologen-regieren-die-politik-hat-abgedankt-ld.1549096>>.

ist daher die Frage, wie notwendiges Expertenwissen bei der Erarbeitung von Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) sinnvoll eingebunden wird.

Insbesondere in der ersten Zeit nach Erklärung der «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 EpG äusser(te)n sich fast täglich in den Medien Fachpersonen pointiert und teils emotionalisierend zum Coronavirus (Covid-19). Für die breite Öffentlichkeit wie auch für Medienschaffende ist es schwierig, die tatsächliche Qualifikation der sich zu einer bestimmten Corona-Frage äussernden (telegenen) Personen zu beurteilen, zumal die Bezeichnungen «Experte» oder «Fachperson» freilich keine geschützten Begriffe sind. Deswegen dürfen auch selbsternannte «Faktenchecker» nicht überbewertet werden. Ebenso undurchsichtig erscheint es für die Bürgerinnen und Bürger gelegentlich, ob ein Medienauftritt einer «Fachperson» wirklich den Zweck eines ernsthaften sachlichen Beitrags verfolgt oder doch eher ihre Selbstdarstellung im Vordergrund steht. Letztlich droht unter Umständen ein Reputationsschaden derjenigen Wissenschaft, in deren Namen die Fachperson spricht. Das gilt umso mehr, wenn sich Fachpersonen in einem bestimmten Fachbereich öffentlich widersprechen.

Was ist also die genaue Rolle der Wissenschaftler? Klar ist, dass «nicht Wissenschaftler, sondern die Politik die Entscheidungen in der Krise» trifft.<sup>47</sup> Die Aufgabe der Wissenschaftler ist es, «Daten zur Verfügung zu stellen und diese zu erklären.» Dabei stehen auch die Medien in der Verantwortung, fachliche Aussagen *nicht unnötig zu überzeichnen*. Ganz wichtig ist schliesslich: «Seriöse Wissenschaftler würden weder bereits getroffene Entscheidungen bewerten noch konkrete Entscheidungen von der Politik einfordern.»<sup>48</sup> Das ist ihnen selbstverständlich *als Staatsbürger* unbenommen.

Welches Expertenwissen ist nun also in welcher Form gefragt? Auch Expertenwissen «bewegt sich in Grenzen».<sup>49</sup> Damit ist im hier interessierenden Zusammenhang mit der Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) nicht nur der aktuelle Wissensstand in einer Fachdisziplin gemeint, sondern auch die Beurteilung, welche Fachdisziplinen *überhaupt* zu berücksichtigen sind.

Dass für die Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) die Epidemiologie eminent wichtig ist, scheint unbestritten. Zusammen mit der Epidemiologie

---

<sup>47</sup> So DROSTEN (Fn. 44) in der «Welt» vom 30. März 2020, «Sehe mich als Comicfigur – und mir wird schlecht dabei» <<https://www.welt.de/vermischtes/article206908825/Virologe-Drosten-Sehe-mich-als-Comicfigur-und-mir-wird-schlecht.html>>.

<sup>48</sup> DROSTEN (Fn. 47).

<sup>49</sup> WÜTRICH (Fn. 45), S. 84.

werden weitere naturwissenschaftliche Disziplinen wie etwa die Immunologie<sup>50</sup> oder die Virologie<sup>51</sup> für den hoffentlich baldigen Durchbruch bei der Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) mittels Medikamenten und/oder Impfstoffen ausschlaggebend sein.

Es braucht allerdings zusätzlich Know-how aus weiteren Fachbereichen. Denn die Corona-Pandemie ist nicht «nur» ein rein medizinisches Problem. Die Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) hat erhebliche Auswirkungen auf praktisch alle gesellschaftlichen Bereiche. Diese umfassenden, weil gesamtgesellschaftlich bedeutenden sozialen Faktoren sind im Rahmen des heute vorherrschenden bio-psycho-sozialen Krankheitsmodells<sup>52</sup> nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls in die Gesamtwürdigung der bisherigen Massnahmen für die Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) einzubeziehen. Zu diesen naheliegenden sozialen Faktoren gehören im engeren Sinn infolge erheblicher Ausgangsbeschränkungen die soziale Isolation, familiäre Probleme, Gesundheitsbeeinträchtigungen durch Bewegungsmangel usw. Im weiteren Sinn gehören zu den sozialen Faktoren u.a. auch Überlegungen zum Umfang und zur Generierung von (finanziellen) Ressourcen, welche eine Gesellschaft für die Gesundheit einer spezifischen Gruppe *heute und auch mittel- und langfristig in der Zukunft* bereitstellen kann und will. Es ist somit ganz falsch, «die Wirtschaft» und «die Gesundheit» als sich gegenseitig ausschliessende Faktoren zu betrachten. Im Gegenteil besteht eine enge Wechselwirkung. Ohne Wirtschaft kein(e) Gesundheit(ssystem), ohne Gesundheit(ssystem) keine Wirtschaftsleistung.

Auch für die Sozialversicherungen stehen *nicht unbegrenzte staatliche Mittel* zur Verfügung. Daher «stellt sich auch für die Erbringung staatlicher Leis-

---

<sup>50</sup> «Lehre von Struktur und Funktion des Immunsystems sowie den Erkennungs- und Abwehrmechanismen eines Organismus für körperfremde (unter Umständen auch körpereigene) lösliche Substanzen und Gewebe. Die Immunologie umfasst zahlreiche Teilgebiete wie die Immunchemie, -genetik, -pathologie, -pharmakologie, -hämatologie und -endokrinologie sowie die Psychoneuro-, Tumor- und Transplantationsimmunologie.» (Psyhyrembel Online, Immunologie <<https://www.psyhyrembel.de/Immunologie/KOAMA>>).

<sup>51</sup> «Lehre von den Viren» (Psyhyrembel Online, Virologie <<https://www.psyhyrembel.de/virologie/KONTK/doc>>).

<sup>52</sup> «Erklärungsmodell zur Entstehung von Krankheit (Krankheitstheorie), welches das biomedizinische Modell um psychosoziale Faktoren erweitert. Die einzelnen Komponenten stehen in wechselseitiger Beziehung zueinander.» (Psyhyrembel Online, Biopsychosoziales Modell <<https://www.psyhyrembel.de/Biopsychosoziales%20Modell/S01MW>>); Näheres dazu bei KASPAR GERBER, Psychische Leiden und medizinische Evidenz, HAVE 1/2020, S. 16–23, S. 21.

tungen die Frage nach der *Verteilungsgerechtigkeit*».<sup>53</sup> Das entspricht auch der Sichtweise des Bundesrates, da er in Art. 1 Abs. 2 lit. d Covid-Verordnung 2 festhält, dass die Massnahmen gemäss Covid-Verordnung 2 u.a. dazu dienen, «die Kapazitäten der Schweiz zur Bewältigung der Epidemie sicherzustellen, insbesondere zur Aufrechterhaltung der Bedingungen für eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Pflege und Heilmitteln». Schliesslich sind *belastbare internationale Daten* zu den Infektionsverläufen als Grundlage für irgendwelche Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) ohnehin unabdingbar.<sup>54</sup> Basis der Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) ist somit *breiter und interdisziplinärer Sachverstand*.

## 2. Erfreulicher Ausblick: «Swiss National Covid-19 Science Task Force»

Einen wichtigen Schritt in diese Richtung hat der Bund nun unternommen: Erst über zwei Wochen nach der Erklärung der «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 *EpG* am 16. März 2020 hat er am 31. März 2020 eine Taskforce eingesetzt, «in der die ganze Hochschullandschaft mit Forscherinnen und Forschern vertreten ist.» Die Hauptaufgabe dieser «Swiss National Covid-19 Science Task Force» ist die Beratung von Politik und Behörden, um die politischen Behörden und Entscheidungsträger bei der Entscheidungsfindung im Kontext von Covid-19 wissenschaftlich zu unterstützen und zu beraten.<sup>55</sup>

Die Taskforce besteht aus neun Expertengruppen und einem «hochrangigen Beratungsgremium». Die Expertengruppen beschäftigen sich zum Beispiel mit der Datenanalyse oder mit dem Testing. Weitere Gruppen beschäftigen sich mit den wirtschaftlichen oder sozialen Auswirkungen. Ein anderes Team be-

---

<sup>53</sup> BGE 136 V 395 E. 7.7.

<sup>54</sup> Für die Kontroverse rund um die Datenerhebung durch das BAG siehe «NZZ» vom 20. März 2020, «Bis ein toter Coronavirus-Patient in der Statistik auftaucht, können über 30 Stunden vergehen» <<https://www.nzz.ch/schweiz/coronavirus-das-bag-kommt-bei-erfassung-der-faelle-kaum-hinterher-ld.1547359>>.

<sup>55</sup> BAG, Medienmitteilungen vom 31. März 2020, Coronavirus: Bund setzt Wissenschaftliches Beratungsgremium ein <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-78626.html>>, dortige Aussage «Die Schweizer Wissenschaftsgemeinschaft möchte zur Bewältigung der Krise beitragen und ihre Kompetenz im Bereich von Wissenschaft und Forschung den zuständigen politischen Behörden auf Ebene Bund und Kantone effizient zur Verfügung zu stellen.» lässt den Schluss zu, dass offenbar die Schweizer Wissenschaftsgemeinschaft proaktiv auf den Bund zugegangen ist und nicht umgekehrt. Nähere Informationen zur «Swiss National Covid-19 Task Force» finden sich unter Universität Bern, Institute of Social and Preventive Medicine (ISPM), Swiss National Covid-19 Science Task Force <[https://www.ispm.unibe.ch/about\\_us/news/swiss-national-covid-19-task-force/index\\_eng.html](https://www.ispm.unibe.ch/about_us/news/swiss-national-covid-19-task-force/index_eng.html)>.

schäftigt sich mit dem Thema öffentliche Gesundheit.<sup>56</sup> Dadurch ist auch die *notwendige fachliche Interdisziplinarität* sichergestellt. Denn die Strategie für die «Zeit nach dem Peak» ist nicht eine «rein epidemiologische Frage», sondern eine «Frage der öffentlichen Gesundheit».<sup>57</sup>

Es ist sehr zu begrüßen, dass der fachliche Beistand des Bundesrates nun in *öffentlich sichtbarer institutionalisierter Weise* vorhanden ist und auch die Entstehungsgeschichte dieser Taskforce nachvollziehbar ist: Denn das BAG arbeitet «seit Jahren mit externen Experten zusammen». Neu ist, dass «für die Grösse der Bewältigung der Krise eine gemeinsame koordinierte Organisation geschaffen wurde, um die Forschung und das Wissensfeld der Experten zu bündeln.» Weiterhin genützt wird «die eigene verwaltungsinterne Expertise».<sup>58</sup>

Es hätte allerdings der Nachvollziehbarkeit der mit der Covid-19-Verordnung 2 erlassenen Massnahmen sehr gedient, wenn der Bundesrat *gleichzeitig* mit der Erklärung der «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 EpG aktiv kommuniziert hätte, auf welche verwaltungsinterne und/oder -externe Expertise er sich in dieser «ausserordentliche Lage» stützt und dass allenfalls eine spezialisierte Taskforce eingesetzt wird.

Was darf und muss von der «Swiss National Covid-19 Science Task Force» erwartet werden? Bei einer Pandemie, die *per definitionem* verschiedene Länder und gar Kontinente tangiert,<sup>59</sup> sind weltweit Forschungen im Gange. Der Bundesrat muss weitreichende Entscheidungen zur Abwehr der Gefahrenlage aufgrund des Coronavirus (Covid-19) unter Zeitdruck fällen. Es darf und muss also erwartet werden, dass die «Swiss National Covid-19 Science Task Force» die neueste international verfügbare beste Evidenz für die jeweiligen relevanten wissenschaftlichen Sachverhalte erkennt und für politische Entscheidungsträger – hier für den Bundesrat – adressatengerecht aufbereitet. Der Bundesrat befindet anschliessend über die Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) mit allen zulässigen politischen Wertungselementen, allerdings im Wissen um seine *gesamtgesellschaftliche Integrationsfunktion* unter verstärkter Berücksichtigung der *Zumutbarkeit der Massnahmen*.

---

<sup>56</sup> BAG, Medienkonferenz vom 2. April 2020, Votum MATTHIAS EGGER, Leiter der «Swiss National Covid-19 Science Task Force», 05m57s–08m54s und 24m46s–25m17s <[https://youtu.be/0MZb\\_VmaUek](https://youtu.be/0MZb_VmaUek)>.

<sup>57</sup> BAG (Fn. 32), Votum KOCH (Fn. 29), 49m03s–31s.

<sup>58</sup> BAG (Fn. 56), Votum KOCH (Fn. 29), 1h34m32s–1h35m23s.

<sup>59</sup> «Epidemie, die sich über Länder und Kontinente ausbreitet und in der Regel eine grosse Anzahl von Menschen betrifft, z. B. Influenzapandemie» (Pschyrembel Online, Pandemie <<https://www.pschyrembel.de/Pandemie/K0G6N>>).

In dieser Hinsicht waren die ersten Medienauftritte der Taskforce durchaus vielversprechend und vertrauensbildend: Die Taskforce hat u.a. den Auftrag, den Bund bei der Ausstiegsstrategie zu beraten und mögliche Szenarien aufzustellen, damit die Massnahmen «Schritt für Schritt» reduziert werden können (z.B. Ausbau der Testkapazitäten oder Maskenobligatorium für bestimmte Gruppen), wobei der Entscheid über Massnahmen «ganz klar beim BAG» liegt.<sup>60</sup> Sie arbeitet bereits an konkreten wissenschaftlichen Fragen (etwa Schutzwirkung von Masken in der Gesamtbevölkerung, optimale Verteilung von benötigtem Material unter den Spitälern).<sup>61</sup> Ebenso befasst sie sich mit dem «pan-europäischen Projekt» (PEPP-PT), einer für alle Beteiligten freiwilligen, über Bluetooth laufenden Überwachungs-App, die nach Klärung datenschutzrechtlicher Fragen in der Schweiz möglicherweise technisch implementiert werden soll.<sup>62</sup> Erfreulich ist auch die vorgesehene *transparente Informationspolitik* der Taskforce. Sie wird die Ergebnisse, die direkt an den Krisenstab gehen, auch an den Pressekonferenzen kommunizieren oder bei «wissenschaftlicher Bedeutung» auch wissenschaftlich publizieren. Die Mitglieder der Taskforce können auch «jederzeit als Experten Auskunft geben».<sup>63</sup>

### 3. Zwingende nächste Schritte des Bundesrats: «Exit-Strategie»

Die gegenwärtigen massiven Grundrechtseinschränkungen, welche die Massnahmen des Bundesrats für die Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) mit sich bringen, dauern an. Trotz aller Unwägbarkeiten rund um das Coronavirus (Covid-19) muss der Bundesrat jedoch immer wieder prüfen, ob weniger einschneidende Massnahmen möglich sind. Denn wenn sich die Corona-Restriktionen über längere Zeit erstrecken, «dann hat der liberale Rechtsstaat abgedankt».<sup>64</sup>

Die «Eintrittsmarker» für die «ausserordentliche Lage» nach Art. 7 EpG waren nach Ansicht des Bundesrats gegeben. Ob die Erklärung der «ausserordentlichen Lage», die nach Ansicht des BAG beispielsweise eine – nach gegenwärtigem Wissenstand nicht mit der Corona-Pandemie zu vergleichende – «Worst-

---

<sup>60</sup> BAG (Fn. 56), Votum EGGER (Fn. 56), 58m57s–1h00m45s.

<sup>61</sup> BAG (Fn. 56), Votum EGGER (Fn. 56), 1h29m50s–1h31m35s.

<sup>62</sup> BAG (Fn. 56), Votum EGGER (Fn. 56), 25m17s–27m02s.

<sup>63</sup> BAG (Fn. 56), Votum EGGER (Fn. 56), 1h32m15s–1h33m59s.

<sup>64</sup> So HANS-JÜRGEN PAPIER, Ex-Präsident des Bundesverfassungsgerichts, in der «Welt» vom 2. April 2020, «Verfassungsrechtler Papier sieht Grundrechte in der Corona-Krise massiv bedroht» <<https://www.welt.de/politik/deutschland/article206964441/Erosion-des-Rechtsstaats-Hans-Juergen-Papier-sieht-Grundrechte-bedroht.html>>.

Case-Pandemie (Spanische Grippe 1918)»<sup>65</sup> voraussetzt, in der am 16. März 2020 gegebenen Situation überhaupt gerechtfertigt war, müsste bei anderer Gelegenheit kritisch untersucht werden.<sup>66</sup>

Der Bundesrat muss auf alle Fälle auch die «Austrittsmarker» («Exit-Strategie») aus der «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 EpG definieren. Die (hypothetische) Haltung «Wir wissen nicht, was wir wissen müssen, um eine «Exit-Strategie» zu entwerfen» kann keine zulässige Option sein. Damit ist keineswegs gesagt, dass sich der Bundesrat bisher so verhält. Wichtig sind nun einfach die nächsten Schritte des Bundesrates.

Das BAG befindet sich im Austausch mit allen relevanten Akteuren, um zuhanden des Bundesrats, der entscheiden wird, eine Exit-Strategie vorzubereiten, wobei noch keine Vorschläge der «Swiss National Covid-19 Science Task Force» diskutiert wurden.<sup>67</sup>

Bei der «Exit-Strategie» geht es *nicht* um eine «Alles-oder-nichts-Exit-Strategie». Zu Recht weist der Bundesrat darauf hin, dass die Corona-Pandemie keine mit der «Gipfelbesteigung» erledigte Angelegenheit sei, sondern auch danach «auf längere Zeit» gemeistert werden müsse.<sup>68</sup> Die Zahlen würden noch immer steigen, auch wenn «nicht so stark wie befürchtet», weshalb es zurzeit noch «keine Entwarnung» gebe. Man müsse zunächst, wie man auch in anderen Ländern sehe, warten, bis die «Fälle sinken».<sup>69</sup>

Allein die Tatsache, dass die Fallzahlen gegenwärtig noch steigen und der «Peak» noch nicht erreicht ist, dispensiert den Bundesrat nicht davon, laufend die Notwendigkeit des «Lockdowns» zu prüfen und andere, mildere Massnahmen als Ausgangsbeschränkungen usw. ins Auge zu fassen. Dabei kann es sich auch um technische Lösungen handeln, wie vielleicht künftig die Überwachungs-App im Rahmen des unter Ziffer 3.2 skizzierten Projekts PEPP-PT. Zu prüfen wäre im Rahmen einer schrittweisen Lockerung der Massnahmen des

---

<sup>65</sup> BAG, Normale, besondere und ausserordentliche Lage, Faktenblatt, Datum: 28. Februar 2020, S. 2 <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/60477.pdf>>.

<sup>66</sup> Vgl. TILMAN SLEMBECK, «20 Minuten» vom 4. April 2020, «Ist der Lockdown überhaupt gerechtfertigt?» mit seiner dortigen Aussage: «Der Pandemieplan des Bundes ist grundsätzlich auf ganz schwere Fälle ausgelegt – also wenn die Leute bildlich gesprochen auf der Strasse tot umfallen. Das ist bei Covid-19 bei weitem nicht der Fall.» <<https://www.20min.ch/finance/news/story/Wie-lange-koennen-wir-uns-den-Lockdown-leisten--14141374>>.

<sup>67</sup> BAG (Fn. 33), Votum KOCH (Fn. 33), 37m26s–38m10s.

<sup>68</sup> Bundesrat, Medienkonferenz vom 3. April 2020, Voten Bundesrat BERSET, 07m20s–08m15s und 51m37s–54s <<https://www.youtube.com/watch?v=dIGXiwKvNfs&feature=youtu.be>>.

<sup>69</sup> Bundesrat (Fn. 68), Votum Bundesrat BERSET, 07m20s–08m15s.

Bundesrats für die Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) auch eine «Rückstufung» der bisherigen «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 EpG auf die «besondere Lage» nach Art. 6 EpG.

Die «öffentliche Gesundheit» ist das oberste Ziel des bundesrätlichen Handelns in der «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 EpG.<sup>70</sup> Das ist zweifellos richtig. Allerdings sind auch die enormen, durch die bundesrätlichen Corona-Massnahmen bewirkten Belastungen einzelner Sozialwerke wie etwa der ALV (Kurzarbeit) und der EO («Corona-EO»)<sup>71</sup> zu gewichten. Denn «wirtschaftliche und gesundheitspolitische Entscheide hängen zusammen».<sup>72</sup> Zugunsten der «Volksgeundheit», welche die Gesundheit der gesamten Bevölkerung umfasst und auch von wirtschaftlichen Faktoren bestimmt wird, darf der Kampf gegen die Corona-Pandemie insgesamt nicht «mehr Schaden anrichten» als Nutzen bringen.<sup>73</sup>

Aufgrund der Langfristigkeit der Corona-Epidemie bittet der Bundesrat auch um Geduld, bis «fundierte Zahlen und Erkenntnisse» vorliegen, damit der Bundesrat die Situation neu beurteilen kann.<sup>74</sup> Laut Bundesrat basieren denn auch die politischen Entscheide zu den Massnahmen für die Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) immer auch auf «wissenschaftlichen Erkenntnissen», weshalb der «Dialog zwischen Wissenschaft und Politik» sehr wichtig ist und vertieft weitergehen wird.<sup>75</sup>

Betreffend die Schulschliessungen ist hier indessen eine gewisse Widersprüchlichkeit feststellbar: Der Bundesrat hat, wie unter Ziffer 2.3 dargelegt, Schulen vermutlich *ohne hinreichende* wissenschaftliche Evidenz geschlossen. Derselbe Bundesrat will die Schulen wieder öffnen, wenn hierfür wissenschaftliche Evidenz besteht, wobei es gemäss Bundesrat aufgrund der aktuellen Studienlage «noch zu früh ist, um sagen zu können, wie es am 20. April weitergeht.»<sup>76</sup>

---

<sup>70</sup> Bundesrat (Fn. 68), Votum Bundesrat BERSET, 35m57s–45s; BAG (Fn. 33), Votum MARIE-GABRIELLE INEICHEN-FLEISCH, Staatssekretärin, SECO, 08m56s–09m02s.

<sup>71</sup> BAG (Fn. 33), Votum INEICHEN-FLEISCH (Fn. 70), 7m04s–42s.

<sup>72</sup> BAG (Fn. 33), Votum INEICHEN-FLEISCH (Fn. 70), 8m47s–9m15s.

<sup>73</sup> BAG (Fn. 33), Votum KOCH (Fn. 33), 29m23s–30m14s.

<sup>74</sup> Bundesrat (Fn. 68), Votum Bundesrat BERSET, 51m35s–54s.

<sup>75</sup> Bundesrat (Fn. 68), Votum Bundesrat BERSET, 49m53s–50m29s.

<sup>76</sup> Bundesrat (Fn. 68), Votum Bundesrat BERSET, 48m37s–49m03s.

Zum Tragen von Masken hat sich der Bundesrat hingegen bereits *klar positioniert*: Demnach ist auch nach wie vor international nicht erwiesen, dass das «allgemeine Tragen» von Masken einen zusätzlichen Schutz gibt für die Bevölkerung (Stand: 4. April 2020).<sup>77</sup>

Es ist also zu hoffen, dass der Bundesrat gestützt auf neueste wissenschaftliche Erkenntnisse zeitnah die Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) wenn immer möglich laufend lockert bzw. keine schärferen Massnahmen verfügt. Daran ist der Bundesrat zu messen, zumal er sich explizit zur Verhältnismässigkeit als eine der Hauptmaximen des Staatshandelns auch in der «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 EpG bekannt hat.<sup>78</sup>

#### IV. Gesamtwürdigung

Nach dem Gesagten lassen sich zur aktuellen Situation (Stand 4. April 2020) die folgenden Schlussfolgerungen ziehen:

Mit der – etwas spät eingesetzten – «Swiss National Covid-19 Science Task Force» können weitere Entscheidungen des Bundesrats für die Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) an Glaubwürdigkeit und Akzeptanz gewinnen.

Ob für die zeitlich zwar befristete, jedoch betreffend das jeweilige Hauptpublikum (Kinder; junge Erwachsene) undifferenzierte Schliessung von Bildungstätten eine hinreichende sachliche evidenzbasierte Grundlage bestand bzw. besteht, ist zumindest fraglich.

Soweit in der gegenwärtigen Coronasituation auch drastische, grundrechts-einschränkende Massnahmen für die Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) unerlässlich sind, muss gelten: «So wenig wie möglich, so viel wie nötig». Denn in einer liberalen Demokratie kann es für den Bundesrat nur einen Massstab geben: «*In dubio pro libertate*».

---

<sup>77</sup> Bundesrat (Fn. 68), Votum Bundesrat BERSET, 45m33s–46m06s; Votum KOCH (Fn. 33), 47m37s–48m15s.

<sup>78</sup> Bundesrat (Fn. 68), Votum BERSET, 35m20s–35m44s.

# Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes zum Zweiten\*

## Ein Update zum Jusletter-Beitrag vom 14. April 2020 «Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes»

*Der Autor beleuchtet die jüngsten Entwicklungen in der «Swiss National Covid-19 Science Task Force», analysiert ausgewählte aktuelle wissenschaftliche Erkenntnisse zur Covid-19-Pandemie und nimmt eine Kurzwürdigung der Gesamtsituation vor (Stand: 1. Mai 2020).*

### I. Einleitung

Im Jusletter-Beitrag vom 14. April 2020 «Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes» (Stand: 4. April 2020) hat der Autor die Einsetzung der neuen «Swiss National Covid-19 Science Task Force» (nachfolgend Taskforce) positiv gewürdigt und ausdrücklich begrüsst. In der fortdauernden «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 EpG<sup>1</sup> sind Unmengen an täglich publizierten einschlägigen (wissenschaftlichen) Informationen zu verarbeiten. Politische Entscheidungen (inkl. Anpassungen der Covid-19-Verordnung 2)<sup>2</sup> werden laufend präzisiert. Die Zeit scheint daher noch schnelllebig zu sein als üblich. Somit lohnt es sich, bereits zum «erstmonatigen Geburtstag» der Taskforce<sup>3</sup>, der an der Medienkonferenz der Experten des Bundes vom 1. Mai 2020 begangen wurde, ein kurzes *Update* über deren bisherige Tätigkeiten zu geben. Anschliessend folgen eine Kurzanalyse ausgewählter aktueller wissenschaftlicher Erkenntnisse zur Covid-19-Pandemie und eine Kurzwürdigung der Gesamtsituation. Dieser Beitrag berücksichtigt den Stand der Dinge am 1. Mai 2020.

---

\* Erschienen in: Jusletter, Coronavirus-Blog vom 5. Mai 2020.

<sup>1</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012 (Stand am 1. Januar 2017), SR 818.101.

<sup>2</sup> Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19), SR 818.101.24.

<sup>3</sup> BAG, Point de Presse Coronavirus vom 1. Mai 2020, Votum MATTHIAS EGGER, Leiter der «Swiss National Covid-19 Science Task Force», 07m22s-07m35s <<https://www.youtube.com/watch?v=rfQOYsQC6cU>> (alle in diesem Beitrag angegebenen Websites wurden zuletzt am 5. Mai 2020 besucht).

## II. Von der Taskforce erreichte Meilensteine

Seit dem 9. April 2020<sup>4</sup> ist die *offizielle Website der Taskforce* aufgeschaltet.<sup>5</sup> Sie bietet umfassende Informationen insbesondere über das Mandat, die Organisation, die Themen und die einzelnen Expertengruppen. Ab 30. April 2020<sup>6</sup> sind auch die «Policy Briefs» der Taskforce auf deren Homepage<sup>7</sup> verfügbar. Die Expertengruppen der Taskforce befassen sich in «Policy Briefs» mit *dringenden Fragen* zur Covid-19-Krise. Diese «Policy Briefs» werden anschliessend vom *Beratungsgremium geprüft und genehmigt* und auf der Webseite der Taskforce veröffentlicht. Sie geben die *Ansichten der Taskforce* zu diesem Thema zum betreffenden Zeitpunkt wieder und werden gegebenenfalls im Lichte neuer Studien oder anderer Daten aktualisiert. An der Medienkonferenz der Experten des Bundes vom 1. Mai 2020 informierte u.a. der Leiter der Taskforce eingehend über die bisherigen Tätigkeiten.<sup>8</sup>

Mittlerweile wird die Stimme der Taskforce, die berät, jedoch keine Entscheidungen fällt, «gehört». Ihre öffentlich zugänglichen Arbeitspapiere werden «hundertfach heruntergeladen». Politik und Verwaltung reagieren *zufriedenstellend* auf die Arbeit der Taskforce. Die Taskforce ist zuversichtlich, dass ihr Beitrag auch «weiterhin geschätzt werden wird von der Politik und der Verwaltung.»<sup>9</sup>

Mit dem *Qualitätssicherungs-Mechanismus*, wonach das Beratungsgremium die von den Expertengruppen erstellten «Policy Briefs» vor der Veröffentlichung prüft und genehmigt, minimiert die Taskforce das Risiko, «schlechte oder zumindest unvollständige Wissenschaft» zu betreiben.<sup>10</sup> Dazu – und das

---

<sup>4</sup> EGGER (Fn. 3), Twitteraccount, Eintrag vom 9. April 2020 <<https://twitter.com/eggernsf/status/1248290370586378241>>.

<sup>5</sup> <https://ncs-tf.ch/de>.

<sup>6</sup> EGGER (Fn. 3), Twitteraccount, Eintrag vom 30. April 2020 <<https://twitter.com/eggernsf/status/1255784395014844418>>; ferner TASKFORCE, Aktuelle Informationen «Erste Policy briefs der Swiss National Covid-19 Science Task Force sind online verfügbar», 30. April 2020 <<https://ncs-tf.ch/de/news/20-erste-policy-briefs-online-verfuegbar>>.

<sup>7</sup> <<https://ncs-tf.ch/de/policy-briefs>>.

<sup>8</sup> BAG (Fn. 3.), *passim*.

<sup>9</sup> BAG (Fn. 3), Votum EGGER (Fn. 3), 56m47s–57m33s.

<sup>10</sup> «Bad science—or at the very least incomplete science—is simply slipping through the cracks» so JACKIE MOGENSEN, Science Has an Ugly, Complicated Dark Side. And the Coronavirus Is Bringing It Out, «Mother Jones» vom 28. April 2020 <<https://www.motherjones.com/politics/2020/04/coronavirus-science-rush-to-publish-retractions>>.

spricht für die von der Taskforce gelebte wissenschaftliche Redlichkeit – kann je nach Fragestellung auch ein Hinweis auf die zeitliche Dringlichkeit und die entsprechende *Relativität der Antworten* der Taskforce dienen.<sup>11</sup>

Die bisher publizierten «Policy Briefs» gehen soweit ersichtlich meist auf konkrete Fragen der in die Bekämpfung der Covid-19-Pandemie involvierten Entscheidungsträger (etwa Krisenstab oder BAG) zurück. Sie betreffen demnach einen konkreten, aktuellen und praxisrelevanten Kontext. Die übersichtlich strukturierten Arbeitspapiere weisen aus, auf welche Studien- und Datenlage sie sich abstützen. Die zitierte Studien- und Datenlage bildet zusammen mit flankierenden Erläuterungen die Antwort auf die gestellte Frage. Dieses Vorgehen optimiert die *sachliche Information* aller Interessierten. Den Gegensatz dazu bildet das schlagwortartige, einseitig (meist negativ) emotionalisierende mediale Verbreiten einzelner Studien zu Covid-19. Die (allfällige) genaue Aussagekraft solcher Studien muss jeweils, nach der ersten allgemeinen Verwirrung, wiederum medial im Rahmen einer Nachdiskussion eingeordnet werden.<sup>12</sup>

Ein Wermutstropfen liegt allerdings darin, dass die «Policy Briefs» – der erste datiert laut Website vom 27. März 2020 – erst am 30. April 2020 öffentlich zugänglich wurden. Das ist deutlich zu *spät*. Es erstaunt daher nicht, dass vorgängig die *Transparenz über die Grundlagen*, auf welche der Bundesrat seine Entscheide stützt, dezidiert eingefordert wurde.<sup>13</sup>

Die einzelnen «Policy Briefs» sind meist in Englisch abgefasst. Auf Deutsch vorhanden sind lediglich die Kurzbeschreibungen der einzelnen «Policy Briefs». Zumindest substantielle Zusammenfassungen der einzelnen «Policy Briefs» auch auf *Deutsch und Französisch* würden jedoch den Zugang der breiten interessierten Bevölkerung zur Arbeit der Taskforce erleichtern.

---

<sup>11</sup> «Disclaimer: The answers to the four questions are based on interpretation of descriptive analyses and modelling that were conducted under extreme time pressure. The findings of the analyses are subject to change. Changes in the findings could affect the interpretation.» (TASKFORCE: Analysis of Swiss Epidemic as of 27 March 20 [EN], S. 2 <<https://ncs-tf.ch/de/component/edocman/analysis-of-swiss-epidemic-as-of-27-march-20-en-3/viewdocument/14?Itemid=0>>).

<sup>12</sup> Beispielsweise die Zahl der Coronaviren im Kinderrachen im Verhältnis dazu, wie ansteckend Kinder sind (BRUNO KNELLWOLF, Die Zahl der Viren im Kinderrachen ist nicht entscheidend, Tagblatt vom 1. Mai 2020 <<https://www.tagblatt.ch/news-service/leben-wissen/die-zahl-der-viren-im-kinderrachen-ist-nicht-entscheidend-ld.1217097>>).

<sup>13</sup> Etwa LUCIEN FLURI, Von den Bundesbehörden brauchen wir in der Coronakrise vor allem eines: Klartext, bitte!, «Solithurnerzeitung» vom 27. April 2020 <<https://www.solithurnerzeitung.ch/schweiz/von-den-bundesbehoerden-brauchen-wir-in-der-coronakrise-vor-allem-eines-klartext-bitte-137734180>>.

Die Taskforce und ihre Aktivitäten sind mit den «Policy Briefs», aber auch mit der Teilnahme an der Medienkonferenz der Experten des Bundes vom 1. Mai 2020 als Gesamte sichtbar und beurteilbar. Vorher haben mediale Äusserungen einzelner Mitglieder der Taskforce dominiert, was von aussen die Fassbarkeit der Arbeit der Taskforce erschwerte.<sup>14</sup>

Auch weiterhin werden die Mitglieder der Taskforce *im eigenen Namen oder im Namen der Taskforce* öffentlich zu Fachthemen oder zu politischen Entscheidungen Stellung nehmen. Freilich müssen sich die Mitglieder der Taskforce bewusst sein, dass die fachliche Gesamtglaubwürdigkeit der Taskforce stark von den öffentlichen Äusserungen ihrer Mitglieder abhängt. Diese fachliche Gesamtglaubwürdigkeit ist beispielsweise potenziell gefährdet, wenn Mitglieder der Taskforce zu den in den Arbeitspapieren der Taskforce vertretenen Ansichten *deutlich* im Widerspruch stehende Einschätzungen abgeben oder auch, wenn sie in unangemessener Weise politische Entscheidungen bewerten.

### III. Ausgewählte aktuelle wissenschaftliche Erkenntnisse zur Covid-19-Pandemie

Die «ausserordentliche Lage» nach Art. 7 EpG mit allen Konsequenzen für das öffentliche Leben herrscht bereits seit 16. März 2020. Dennoch sind *zentrale* Grössen für die Bekämpfung der Covid-19-Pandemie nach wie vor (Stand: 1. Mai 2020) *sehr unsicher*.

Tendenziell unzuverlässige *Erfassung der Covid-19-Todesfälle*: Es ist international «nicht ganz klar, wie man genau die Todesfälle zählen sollte». Deshalb ist die Erfassung der Todesfälle auch «in der Schweiz von Kanton zu Kanton etwas unterschiedlich». Offen ist insbesondere die Frage, wie Todesfälle in Alters- oder Pflegeheimen registriert werden sollen (mit oder ohne individuellen Covid-19-Test bei schon bekanntem Covid-19-Ausbruch im betreffen-

---

<sup>14</sup> Statt aller: Interview mit EGGER (Fn. 3), im «Blick» vom 19. April 2020 <<https://www.blick.ch/news/wirtschaft/zwischenfazit-vom-leiter-der-corona-task-force-wir-haben-die-kurve-buchstaeblich-erwischt-id15851275.html>>; Interview mit MARCEL TANNER, Epidemiologe (Universität Basel) und Mitglied der Taskforce in der NZZ vom 24. April 2020 <<https://www.nzz.ch/schweiz/epidemiologe-rueckkehr-zur-normalitaet-fruehestens-in-15-monaten-ld.1553184>>.

den Heim).<sup>15</sup> Die Vergleichbarkeit der Todeszahlen unter einzelnen Ländern ist denn auch eingeschränkt, u.a., da die Länder *unterschiedliche Testregime* fahren und *Todesfälle unterschiedlich* erfassen.<sup>16</sup>

Durchgezogene Wirkung der *Kontrollmassnahmen zur Covid-19-Pandemie*: Detaillierte *Prognosen* zu den Auswirkungen einer Lockerung unterschiedlicher Kontrollmassnahmen sind derzeit nicht möglich, da die *genaue Wirksamkeit der einzelnen Massnahmen* noch *nicht bekannt* ist.<sup>17</sup> Immerhin ergeben sich *klare Anhaltspunkte*, dass nichtpharmazeutische Massnahmen insgesamt zu einem starken Rückgang der Zahl der neu dokumentierten Covid-19-Fallzahlen führen. Dabei haben Schliessungen von Veranstaltungsorten, Versammlungsverbote, Grenzschiessungen und Arbeitsverbote eine *grosse Wirkung*, Veranstaltungsverbote eine *etwas weniger ausgeprägte Wirkung* und *Schulschliessungen und Lockdowns* einen vergleichsweise *geringen Einfluss*.<sup>18</sup> Nach der durchgestandenen ersten Welle und einer «Reproduktionszahl solide unter 1» ist es ganz wichtig, «die Epidemie sehr eng» zu «monitorisieren», um rasch

---

<sup>15</sup> BAG, Medienkonferenz mit Vertretern des BAG vom 27. April 2020, Votum DANIEL KOCH, Delegierter des BAG für Covid-19, 1h06m14s-1h07m01s <<https://www.youtube.com/watch?v=asGM7Jsk1lc>>.

<sup>16</sup> SCHWEIZER RADIO UND FERNSEHEN (SRF), Coronavirus: Fallzahlen nach Land <<https://www.srf.ch/news/international/schweiz-und-weltweit-so-entwickeln-sich-die-coronavirus-fallzahlen>>.

<sup>17</sup> TASKFORCE, Modellierung von verschiedenen Szenarien nach dem 26. April, Working paper der Expertengruppe «Data and Modeling» der NCS-TF in Antwort auf E-Mail von Lukas Bruhin (10.4.2020 um 20:51), Lead Authors: Christian Althaus und Sebastian Bonhoeffer, S. 1, mit dortigen Hinweisen, wonach «real-time monitoring» und zentrale Datenerfassung notwendig sind und das «Contact Tracing» als eine «besonders effektive Massnahme» eingeschätzt wird <<https://ncs-tf.ch/en/component/edocman/modellierung-szenarien-10-april-20-ge/viewdocument/50?Itemid=0>>.

<sup>18</sup> «In conclusion, NPIs lead to a strong overall reduction in the number of new documented cases of Covid-19. Venue closures, gathering bans, border closures, and work bans had a high impact, event bans a slightly less pronounced impact, and school closures and lockdowns had a comparably small impact.» (NICOLAS BANHOLZER et al., Impact of non-pharmaceutical interventions on documented cases of Covid-19, 28. April 2020, S. 15; vgl. auch die entsprechenden Grafiken a.a.O. auf S. 10 <<https://doi.org/10.1101/2020.04.16.20062141>> → Preview PDF). Es handelt sich hier um eine Vorveröffentlichung noch ohne «peer-review». Allerdings wurde eine ebenfalls erst vorveröffentlichte Vorgängerstudie (NICOLAS BANHOLZER et al., The estimated impact of non-pharmaceutical interventions on documented infections with Covid-19: A cross-country analysis, 24. April 2020 <<https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.04.16.20062141v2.full.pdf+html?versioned=true>>) bereits rezipiert vom Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Beschluss im Namen des Volkes, Lv 7/20 vom 28. April 2020, Lit. C, S. 12, <<https://www.verfassungsgerichtshof-saarland.de/verfgsaar/dboutput.php?id=352>> → Anzeigen als PDF.

zu erkennen, wenn sich «die Reproduktionszahl wieder Richtung 1 bewegt». Wenn die Schweizer Bevölkerung die bekannten Verhaltensregeln (Distanzhalten, Händehygiene) beachtet, kann man «sie unter 1 behalten und eine zweite Welle verhindern».<sup>19</sup>

Keine Detailkenntnisse zu den *Neuinfektionen*. Wo und wie sich *täglich* die *gegenwärtig* unter 100 Personen anstecken, weiss man «im Detail» nicht. Die meisten Meldungen kommen heute *nicht aus Spitälern*. Will man das «spezifisch wissen», muss man eine *Studie durchführen*.<sup>20</sup>

Wohl unsicheres genaues *Verhältnis zwischen Grippefällen und Covid-19-Fällen*: Die aktuelle Situation rund um die Covid-19-Pandemie hat Einfluss auf die Datenerhebung für *die grippeähnlichen Erkrankungen*. Einerseits sind die Symptome von Covid-19 und einer Influenza-Erkrankung *ähnlich*. Covid-19 kann daher in die Statistik der grippeähnlichen Erkrankungen einfließen. Andererseits verändert die aktuelle Lage das Verhalten von erkrankten Personen bezüglich Arztkonsultationen. Das muss in der Interpretation der Daten ebenfalls berücksichtigt werden. Die Daten sind aus diesen Gründen zunehmend *weniger aussagekräftig für Influenza*. Aus diesem Grund hat das BAG die Grippeberichterstattung ab 6. April 2020 eingestellt.<sup>21</sup> Dennoch hielt das BAG am 27. April 2020 klar fest, dass es (nur) «mit der Coronaepidemie eine massive Übersterblichkeit gibt».<sup>22</sup> Es ist zu vermuten, dass die genaue Erhebung von Grippe(todes)fällen- und Covid-19-(Todes-)fällen in Wissenschaftskreisen künftig noch vermehrt zu reden geben wird.

#### IV. Kurzwürdigung der Gesamtsituation

Es darf nach heutiger Einschätzung angenommen werden, dass die Taskforce die *gegenwärtig beste Evidenz* zu den primär für die politischen Entscheidungsträger relevanten wissenschaftlichen Sachverhalten herauszuarbeiten vermag. Das heisst jedoch nicht, dass die «Policy Briefs» als «herrschende veröffentlichte Meinung» unantastbar sind. Ebenso darf der Status der Taskforce als «fachliche Covid-19-Autorität des Bundes» nicht dazu führen, dass die Entscheidungsträger den sich öffentlich substantiiert äussernden interessierten Fachpersonen *ausserhalb der Taskforce* das Gehör *a priori* verweigern.

---

<sup>19</sup> Zum Ganzen BAG (Fn. 3), Votum EGGER (Fn. 3), 37m42s–39m07s.

<sup>20</sup> BAG (Fn. 3), Votum KOCH (Fn. 15), 55m39s–56m24s.

<sup>21</sup> BAG, BAG-Bulletin 15/2020 vom 6. April 2020, S. 6 <[https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/cc/Kampagnen/Bulletin/2020/bu-15-20.pdf.download.pdf/BU\\_15\\_20\\_DE.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/cc/Kampagnen/Bulletin/2020/bu-15-20.pdf.download.pdf/BU_15_20_DE.pdf)>.

<sup>22</sup> BAG (Fn. 15), Votum KOCH (Fn. 15), 1h07m01s–1h07m44s.

Nach einstweiliger Beurteilung scheint die *tatsächliche Gefährlichkeit von Covid-19*, insbesondere die Lebensbedrohlichkeit, noch nicht abschliessend beurteilbar zu sein. Nach vorläufiger Einschätzung bestehen ausserdem mittlerweile Indizien dafür, dass zumindest gewisse der *einschneidendsten nicht-pharmazeutischen Kontrollmassnahmen* zur Covid-19-Pandemie (Schulschliessungen, Lockdown) im Vergleich zu anderen Massnahmen die *geringste Wirkung* haben für die Reduktion von neuen Covid-19-Fallzahlen. Demgegenüber ist ein «Revival» der allgemeingültigen, jedoch in der gegenwärtigen Coronasituation zweifellos zwingend einzuhaltenden *epidemiologischen Grundregeln* wie Händewaschen, Abstandhalten usw. zu beobachten.

Welchen Einfluss müssen diese Erkenntnisse auf die Beurteilung der gegenwärtigen Kontrollmassnahmen zur Covid-19-Pandemie haben? Hier liegt ein kurzer Seitenblick nach Deutschland nahe. In der Schweiz ist gerade in der «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 EpG der Rechtsschutz gegen allfällige, auf die Covid-19-Verordnung 2 gestützte Verfügungen aus hier nicht zu vertiefenden Gründen eher schwach ausgeprägt. In Deutschland wurden hingegen jüngst zumindest *einzelne Coronamassnahmen* gerichtlich unterbunden. Illustrativ für die gerichtliche Argumentationslinie sind die Aussagen in einem am 28. April 2020 ergangenen Beschluss des Verfassungsgerichtshofs des Saarlandes: «Massnahmen, die in der Stunde der Not der – zu diesem Zeitpunkt nur über Bruchstücke wissenschaftlicher Erkenntnisse verfügenden – Exekutive einen weiten Spielraum der Risikobeurteilung und der Einschätzung der Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen zuzugestehen erlauben, müssen mit dem Verstreichen der Zeit und damit der Tiefe der Grundrechtseingriffe einerseits, der Breite und Validität wissenschaftlicher Erkenntnisse andererseits jeweils neuen Massstäben gerecht werden».<sup>23</sup>

Diese überzeugenden *Grundgedanken* müssen auch in der Schweiz den Massstab für «Lockerungen» der Kontrollmassnahmen zur Covid-19-Pandemie bilden. Man kann sich auf den Standpunkt stellen, «wenn überhaupt, dann verhandelt man (...) [Lockerungen] mit der Natur, nicht mit einem Virolo-

---

<sup>23</sup> Verfassungsgerichtshof des Saarlandes, Beschluss im Namen des Volkes, Lv 7/20 vom 28. April 2020, Lit. C, S. 11 <<https://www.verfassungsgerichtshof-saarland.de/verfghsaar/dboutput.php?id=352>> → Anzeigen als PDF. Näheres zur Situation in Deutschland unter «Fokus Online» vom 30. April 2020, «Richter kippt Corona-Verbote: <Haben den Menschen ein Stück Freiheit zurückgegeben>» <[https://www.focus.de/politik/hammer-urteil-im-saarland-richter-zu-corona-lockerungen-haben-den-menschen-ein-stueck-freiheit-zurueckgegeben\\_id\\_11944087.html](https://www.focus.de/politik/hammer-urteil-im-saarland-richter-zu-corona-lockerungen-haben-den-menschen-ein-stueck-freiheit-zurueckgegeben_id_11944087.html)>.

gen.»<sup>24</sup> Allerdings gehören die Menschen auch zur Natur und müssen insoweit zwangsläufig unter sich verhandeln. Denn «Epidemien entstehen immer durch das Verhalten der Leute, nicht durch das Virus selber.»<sup>25</sup> Die Bekämpfung der Covid-19-Pandemie ist *keine rein akademische Angelegenheit*, sondern hat unmittelbare Folgen für das gesamte soziale Leben. Im Bereich der öffentlichen Gesundheit ist daher immer *abzuwägen*, «ob ein Risiko vertretbar ist oder nicht vertretbar».<sup>26</sup>

Dabei ist keine realitätsferne *Nullrisikopolitik* («Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass... »), sondern eine (epidemiologische) *Gesamtbetrachtung* notwendig. Somit sind insbesondere die per 11. Mai 2020 vorgesehenen Schulöffnungen sehr zu begrüßen, obwohl nicht ausgeschlossen werden kann, «dass Kinder das Virus weitergeben können» und weitere Studien notwendig sind.<sup>27</sup>

Nichtpharmazeutische und technische Kontrollmassnahmen zur Covid-19-Pandemie wie das erwähnte enge Monitoring der Pandemie sowie beispielsweise das «Digital Contact Tracing»<sup>28</sup> als Instrument der Pandemiebekämpfung sind zweifellos weiterzuverfolgen. Soweit gegenwärtige nicht-pharmazeutische und nichttechnische Kontrollmassnahmen zur Covid-19-Pandemie über die *unerlässlichen bekannten Verhaltensregeln* (Distanzhalten, Händehygiene) hinausgehen, erscheinen sie nach vorläufiger Beurteilung der gegenwärtigen wissenschaftlichen Evidenz nicht mehr gerechtfertigt. Doch auch dieser *Zustand der drastisch gesteigerten Hygiene* im gesamten gesellschaftlichen Leben lässt sich in einer freien (und auch nicht in einer un-freien) Gesellschaft realistischweise nicht auf unbestimmte Zeit aufrechterhalten.<sup>29</sup> So liegt die Hoffnung auf einem baldigen durchschlagenden Erfolg

---

<sup>24</sup> CHRISTIAN DROSTEN, Süddeutsche Zeitung vom 28. April 2020, «Als Wissenschaftler schafft man keine Fakten» <<https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/christian-drosten-corona-krise-coronavirus-virologen-14887512>>.

<sup>25</sup> BAG (Fn. 3), Votum KOCH (Fn. 15), 39m09s–39m26s.

<sup>26</sup> BAG (Fn. 3), Votum KOCH (Fn. 15), 31m27s–31m12s, am Beispiel der bedenkenlos möglichen kurzen Umarmung eines gesunden Kleinkindes durch seine Grosseltern.

<sup>27</sup> Zum Ganzen BAG (Fn. 3), Votum EGGER (Fn. 3), 29m05s–29m45s, und Votum MARCEL SALATHÉ, Leiter Expertengruppe «Digital epidemiology», 32m55s–34m02s.

<sup>28</sup> Dazu kürzlich eingehend LUKAS ABEGG/RAFFAEL KNECHT, Contact Tracing App. [Kann eine mögliche Nutzungspflicht Freiheiten schaffen?](#), in: Jusletter Coronavirus-Blog vom 24. April 2020.

<sup>29</sup> Vgl. zum Ganzen PIETRO VERNAZZA, Rückkehr zur Normalität trotz Coronavirus: «Wir können nun nicht einfach die Welt auf den Kopf stellen», Solothurnerzeitung vom 27. April 2020 <<https://www.solothurnerzeitung.ch/leben/leben/rueckkehr-zur-normalitaet-trotz-coronavirus-wir-koennen-nun-nicht-einfach-die-welt-auf-den-kopf-stellen-137734269>>.

auf pharmazeutischer Ebene. Nach heutiger Einschätzung ist Covid-19 wohl nicht ausrottbar, weshalb Strategien entwickelt werden müssen, längerfristig damit umgehen zu können.

Schliesslich darf nicht vergessen werden: Die *politische Verantwortung* für die in der «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 EpG ergriffenen Kontrollmassnahmen zur Covid-19-Pandemie tragen primär der gegenwärtige Bundesrat und das gegenwärtige Parlament. Die *lebenspraktischen Konsequenzen* tragen die Bürgerinnen und Bürger auf Jahre hinaus.



# Faktoren für Covid-19-Mortalität – beeinflussbar?\*

Fünf Autoren aus Kanada, den USA und Griechenland haben eine sehr sorgfältige und wichtige Analyse der Effizienz von Massnahmen zur Bekämpfung der Ausbreitung von Covid-19 verfasst (CHAUDHRY et al., eClinicalMed, The Lancet). Die Autoren verwendeten für diesen internationalen Vergleich im Internet publizierte länderspezifische Daten von den 50 Ländern mit den höchsten Covid-19-Fallzahlen.

Sie berücksichtigten für die Untersuchung nicht nur Daten aus den Covid-19-Statistiken, sondern verarbeiteten auch Informationen zur Gesundheitsversorgung (z.B. Pflegekräfte oder Intensivbetten pro Einwohner) und zum Gesundheitszustand (z.B. Übergewicht) der Bevölkerung der untersuchten Länder. Es wurden aber auch demografische Daten (inkl. Bevölkerungsdichte, Alter) und ökonomische Faktoren (Einkommen, Verteilung des Einkommens in der Bevölkerung), ja sogar der Grad von Korruption im jeweiligen Land miteinbezogen.

## I. Analyse der Fallzahlen

Zunächst haben die Autoren Faktoren untersucht, welche mit der Anzahl von diagnostizierten Covid-19-Fällen assoziiert waren. Einige dieser Assoziationen waren kaum überraschend:

- Anzahl der durchgeführten Covid-19-Tests
- Früherer Zeitpunkt eines vollständigen Lockdowns
- Früherer Zeitpunkt der Grenzschiessung
- Höheres Alter der Bevölkerung
- Höherer Anteil an Menschen mit Übergewicht

Im Einzelnen zeigte sich das folgende Bild: Wenig überraschend ist die Tatsache, dass häufigeres Testen zu einer erhöhten Fallzahl führt. Ebenso weisen die Autoren nach, dass ein frühes und entschlossenes Eingreifen mit Lockdown-Massnahmen die Entwicklung der Fallzahlen günstig beeinflussen kann. Die Autoren zeigen zudem, dass damit die Überlastung der Spitäler verhindert werden konnte. Medizinisch sehr einleuchtend ist auch die von den Autoren

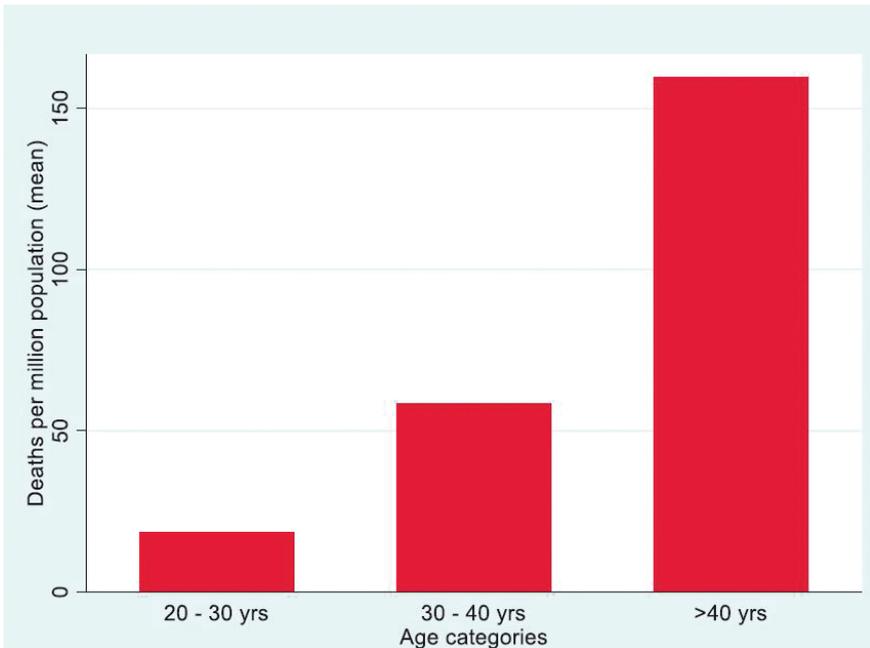
---

\* Mit Co-Autor Prof. em. Dr. med. Pietro Vernazza, ehemaliger Chefarzt der Infektiologie und seit 1985 beim Kantonsspital St. Gallen tätig. Erschienen in: [infekt.ch](https://infekt.ch), 30. Juli 2020.

festgestellte Erhöhung der Fallzahlen bei höherem Altersdurchschnitt der Bevölkerung oder bei erhöhter Rate von Übergewicht, auch wenn diese Risikohöherung relativ bescheiden war (6 % für Adipositas).

## II. Mortalität in der Bevölkerung

Von höchstem Interesse ist die Frage, welche Faktoren mit der Mortalität zusammenhängen. Es handelt sich vor allem um Faktoren, die nicht so einfach zu beeinflussen sind. Dennoch zeigt die Analyse der Mortalität in den 50 Ländern einige interessante Zusammenhänge: Insgesamt sind in den 50 Ländern von Januar bis Mai 33 Personen pro Million Einwohner gestorben. Die Mortalität steigt natürlich mit höherem Alter (Abb.). Dadurch hängt die Mortalität in einem Land auch wesentlich von der Altersstruktur der Bevölkerung ab (Abb.).



Interessant wird aber die Analyse der Faktoren, welche mit dem Auftreten von Covid-19-Todesfällen verbunden sind: Hier werden die erwähnten Faktoren (Lockdown, Testaktivität, Grenzschliessungen) plötzlich nicht mehr signifikant. Vielmehr wird nun das Übergewicht sehr relevant (+12 %). Die Verteilung des Einkommens in einer Bevölkerung wird zum deutlichen Co-Faktor: Je ungleichmässiger das Einkommen in einer Bevölkerung verteilt ist, desto höher

steigt die Mortalität (s. Tabelle. Länder mit ausgeglichenem Einkommen haben einen höheren «dispersion factor» und somit eine tiefere Mortalität). Auch die Anzahl der Pflegefachpersonen pro Einwohner als Mass für die medizinische Versorgung hat einen deutlich positiven Effekt. Die Anzahl der Intensivbetten pro Einwohner war in dieser Analyse nicht mehr signifikant assoziiert mit der Mortalität. Diese Anzahl hängt jedoch mit der Anzahl der Pflegefachpersonen zusammen, sodass von diesen voneinander abhängigen Variablen eine wegfällt.

Multivariable negative binomial regression analysis on COVID-19 mortality and critical illness.

Variable <sup>1</sup>	RR	SE	(95%CI)
<b>Deaths per million<sup>7</sup></b>			
<u>Significant independent variables<sup>3</sup></u>			
Obesity prevalence (%)	1.12	0.06	(1.06 to 1.19)
Smoking prevalence (%)	0.97	0.01	(0.94 to 0.99)
Nurses per million population	0.99	< 0.001	(0.99 to 1.0)
Income dispersion within the nation <sup>4</sup>	0.88	0.03	(0.83 to 0.93)
Per capita GDP <sup>5</sup>	1.03	0.02	(1.00 to 1.06)

### III. Fehlende Zusammenhänge

Interessant sind diejenigen Faktoren, von denen wir vielleicht denken, dass sie die Mortalität negativ beeinflussen dürften, wofür uns aber die sorgfältig durchgeführte Analyse keine Anhaltspunkte liefert: So beobachteten die Autoren bei folgenden Faktoren, welche sich noch günstig auf die Fallzahl ausgewirkt hatten, KEINEN Einfluss auf die Mortalität:

- Zeitpunkt und Art des Lockdowns,
- Grenzschiessung und
- Anzahl durchgeführter Tests.

Auffallend und von den Autoren sorgfältig diskutiert ist die Beobachtung, dass die Sterblichkeit bei Rauchern tiefer war. Der Effekt ist allerdings schwach und könnte von einer «Verjüngung» der Bevölkerungen mit mehr Rauchern herühren.

#### IV. Kommentar

Die Arbeit zeigt, dass die Mortalität in den 50 am meisten betroffenen Ländern bis am 1. Mai 2020 bei 33 Todesfällen pro Million Einwohnern lag. Die Massnahmen, welche primär eingeführt wurden, um die Überlastung von Spitälern zu verhindern («flatten the curve»: Lockdown, Grenzschiessungen, Intensivierung der Testaktivität), haben dieses Ziel vermutlich wirksam erreicht. Nun scheint es aber, dass diese Massnahmen kaum einen Einfluss auf die Sterberate in der entsprechenden Bevölkerung haben. Viel entscheidender ist, wie das Land für einen solchen Fall medizinisch gerüstet ist (Anzahl der Intensivbetten pro Einwohner, Anzahl der Pflegefachpersonen pro Einwohner) und wie hoch die Prävalenz des Problems der Adipositas in der Bevölkerung ist.

# Massnahmen gegenüber der Gesamtbevölkerung, gegenüber Risikogruppen in professioneller Obhut und das Präventionsparadoxon\*

*Die unterschiedliche Covid-19-Risikoverteilung in der Gesamtgesellschaft hat erheblichen Einfluss auf die Wahl der Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie. Der Autor umreisst die Relation zwischen allgemeinen Coronamassnahmen gegenüber der Allgemeinbevölkerung und spezifischen Massnahmen für die Risikogruppen in professioneller Obhut am Beispiel der Alters- und Pflegeheime. Es überrascht, dass der Bundesrat per 18. Januar 2021 keine spezifischen Regelungen zum präventiven Schutz der Risikogruppen aufgestellt hat, die sich in professioneller Obhut wie Alters- und Pflegeheimen befinden.*

## I. Einstieg

Am 13. Januar 2021 hat der Bundesrat Massnahmen gegen das Coronavirus verstärkt und dementsprechend die Covid-19-Verordnung <sup>3</sup> sowie die Covid-19-Verordnung besondere Lage geändert.<sup>2</sup> Er hat unter anderem neue Massnahmen beschlossen, um die Kontakte *drastisch* zu reduzieren: Neu gilt ab Montag, 18. Januar 2021, eine Homeoffice-Pflicht, Läden für Güter des nichttäglichen Bedarfs werden geschlossen, private Veranstaltungen und Menschenansammlungen werden weiter eingeschränkt und der Schutz von besonders gefährdeten Personen am Arbeitsplatz wird verstärkt.<sup>3</sup>

Der Bundesrat begründet die Verschärfungen im Wesentlichen mit der *Notwendigkeit zusätzlicher Präventionsmassnahmen* aufgrund der nach wie vor

---

\* Erschienen in: Jusletter, Coronavirus-Blog vom 22. Januar 2021.

<sup>1</sup> Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 3), [SR 818.101.24](#).

<sup>2</sup> Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage), [SR 818.101.26](#).

<sup>3</sup> [Bundesrat, Coronavirus: Bundesrat verlängert und verschärft Massnahmen, Medienmitteilung vom 13. Januar 2021](#) (alle Websites zuletzt besucht am 19. Januar 2021).

äusserst angespannten epidemiologischen Lage sowie mit dem Auftauchen zweier neuer, hoch ansteckender Virusvarianten.<sup>4</sup>

Praktisch alle vom Bundesrat beschlossenen Massnahmen betreffen (einmal mehr) die Gesamtbevölkerung in *unumgänglichen Alltagsituationen*. Für Menschen aus der *Risikogruppe* gelten nur *bei der Arbeit* gewisse neue Regelungen.

Im Folgenden werden aus dem *Blickwinkel der Prävention* ausgewählte Hintergründe skizziert zur Relation zwischen Massnahmen gegenüber der *Allgemeinbevölkerung* und spezifischen Massnahmen für die *Risikogruppen in professioneller Obhut*, insbesondere in Alters- und Pflegeheimen.

## II. Pandemiebekämpfung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe

Pandemiebekämpfung ist eine *gesamtgesellschaftliche Aufgabe*, die jeder Person temporär gewisse Beeinträchtigungen auferlegt, insbesondere in der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 [BV](#)<sup>5</sup>). Für die Allgemeinbevölkerung gelten bereits seit Monaten die allseits bekannten einschneidenden Vorschriften (Zugangsbeschränkungen, Versammlungsverbote, Schutzkonzepte, Maskenpflicht). Für eine *Gesamtbeurteilung* drängt es sich jedoch auf, auch die *Wechselwirkungen* zwischen Coronamassnahmen gegenüber der Allgemeinbevölkerung und spezifischen Massnahmen für die Risikogruppen in professioneller Obhut herauszuarbeiten.

## III. Risikoverteilung bei Covid-19

Das Risiko für einen *schweren Verlauf* bei einer Ansteckung steigt mit zunehmendem Alter. Ab einem Alter von 50 Jahren erhöht sich zudem die Hospitalisierungsrate. Auch *Vorerkrankungen* erhöhen das Risiko zusätzlich.<sup>6</sup> Das

---

<sup>4</sup> «Der Bundesrat erachtet diese Entwicklungen als höchst beunruhigend, auch wenn es bisher keine Hinweise darauf gibt, dass die neuen Varianten gefährlicher sind und schwere Krankheitsverläufe verursachen. Er setzt alles daran, die Kontakte mit weitergehenden Massnahmen stark zu reduzieren und damit die Ausbreitung der neuen Virusvarianten zu verlangsamen. Deshalb hat er zusätzliche Massnahmen beschlossen.» (BUNDES RAT [Fn. 3]).

<sup>5</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand am 1. Januar 2021), [SR](#) 101.

<sup>6</sup> [Bundesamt für Gesundheit \(BAG\), Coronavirus: Besonders gefährdete Personen](#); sehr illustrativ für «Allgemeine Charakteristika der Influenza» im Vergleich zu Covid-19 ist die Tabelle in [BAG, Influenza-Pandemieplan Schweiz 2018, S. 78](#).

Medianalter der Verstorbenen liegt gegenwärtig bei 86 Jahren.<sup>7</sup> Die aktuell vorhandenen Daten legen den Schluss nahe, dass das Coronavirus in Alters-<sup>8</sup> und Pflegeheimen in erstaunlichem Ausmass verbreitet ist.<sup>9</sup> Es sind – bei allen notwendigen Differenzierungen im Einzelfall – nicht alle Bevölkerungsgruppen gleichermaßen durch das Coronavirus gefährdet, d.h. es lassen sich innerhalb der Gesamtbevölkerung *Risikogruppen* bezeichnen.

#### IV. Folgen für die Covid-19-Prävention

Die unterschiedliche Covid-19-Risikoverteilung in der Gesamtgesellschaft hat *erheblichen Einfluss* auf die Wahl der Massnahmen. Ein wichtiges Kriterium ist dabei das «Präventionsparadoxon». Es handelt sich dabei um einen Begriff, der in öffentlichen Diskussionen leider (zu) oft falsch verwendet wird.

Der Hinweis auf das Präventionsparadoxon erfolgt etwa im Zusammenhang mit dem Vorwurf an das Gegenüber, es ignoriere bei seiner Aussage, die Covid-19-Pandemie sei weniger schlimm als gegenwärtig allgemein angenommen, die positiven Wirkungen von Präventionsmassnahmen. Tatsächlich bedeutet der Begriff etwas ganz anders: Es ist ein «[...] Grundsatz [...], der besagt, dass der Gesundheitsgewinn durch Prävention bei Menschen mit hohem Gesundheitsrisiko für sie selbst höher ist als der nur kleine Effekt für die Gesamtpopulation und umgekehrt.»<sup>10</sup>

Das Präventionsparadoxon gilt für alle *risikofaktorbasierten medizinischen Interventionen* und Zielsetzungen, z. B. für diätetische Empfehlungen und/oder pharmakologische Massnahmen, in der Krankenhaus- oder Pflegehygiene, bei Screening, Vorsorge und Impfung. Als Lösung des Präventionsparadoxons gilt die *richtige Balance* zwischen Bevölkerungsstrategie und Hochrisikostrategie.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> [BAG, Wochenbericht zur epidemiologischen Lage in der Schweiz und in Liechtenstein, 14. Januar 2021, S. 12.](#)

<sup>8</sup> «Die Altersheime wurden von der bekannten Virusvariante überwältigt. Fast zwei von drei Zürchern, die an oder mit Corona gestorben sind, haben in einem Seniorenzentrum gelebt. Im Rest der Deutschschweiz sind es ähnlich viele.» (So ANGELIKA HARDEGGER, NZZ vom 15. Januar 2021, [«Corona im Altersheim»](#)); Näheres u.a. zu den Sterbeorten für den Kanton Zürich unter <https://www.zh.ch/de/gesundheit/coronavirus/zahlen-fakten-covid-19.html?keyword=covid19#/home> (ziemlich weit nach unten scrollen).

<sup>9</sup> [SonntagsZeitung, «Das Vertrauen in Pflegeheime schwindet», S. 16](#); «Laut Experten werden die Negativschlagzeilen die Alterspflege grundlegend verändern. «Die ablehnende Haltung hat sich verstärkt» (ebenda).

<sup>10</sup> [Psyhyrembel Online, Präventionsparadoxon.](#)

<sup>11</sup> Psyhyrembel Online (Fn. 10).

Zwar gilt das Präventionsparadoxon laut Definition wie erwähnt «nur» für «alle risikofaktorbasierten medizinischen Interventionen und Zielsetzungen». Die Grundsätze müssen jedoch erst recht in einem *erweiterten Zusammenhang* gelten, konkret für grundrechtsrelevante staatliche, nicht nur rein medizinische Interventionen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie.

Diese Sichtweise entspricht auch den offiziellen Grundüberlegungen bei der Pandemiebekämpfung: Das Annähern an die «richtige Balance von Bevölkerungsstrategie und Hochrisikostrategie» zwingt die Verantwortlichen zu einer *Priorisierung* bei der Zuteilung (knapper) medizinischer Güter und Dienstleitungen.<sup>12</sup> Dilemmata rund um die *Zuteilung* knapper Impfstoffe oder anderweitiger medikamentöser Prävention bzw. Behandlung von Infektionskrankheiten können jedoch nicht isoliert als *Problem der Gesundheitsethik* betrachtet werden. Vielmehr müssen *medizinisch-biologische sowie gesundheitsökonomische Faktoren* und *ethische Überlegungen* aufeinander bezogen werden.<sup>13</sup>

Das EpG<sup>14</sup> und die EpV<sup>15</sup> regeln im Grundsatz die Zuteilung von Heilmitteln; der *Pandemieplan Schweiz* skizziert *Priorisierungsrichtlinien*.<sup>16</sup> Der Influenza-Pandemieplan sieht in verschiedener Hinsicht spezielle Massnahmen für Risikogruppen und für die Situation in Alters- und Pflegeheimen vor.<sup>17</sup> Auch die Corona-Impfstrategie legt fest, welche Zielgruppen *zuerst geimpft* werden sollen.<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> PIUS KRÜTLI, TIMO SMIESZEK, RUDOLF FÜCHSLIN, PATRIK ESCHLE, [Prioritätenliste und Kontingentberechnung Pandemievorbereitung in der Schweiz - Eine Studie im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit \(BAG\)](#), ETH Zürich, 2018, S. 2.

<sup>13</sup> KRÜTLI/SMIESZEK/FÜCHSLIN/ESCHLE (Fn. 12).

<sup>14</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG), vom 28. September 2012 (Stand am 25. Juni 2020), [SR 818.101](#).

<sup>15</sup> Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienvorordnung, EpV) vom 29. April 2015 (Stand am 19. November 2020), [SR 818.101.1](#).

<sup>16</sup> KRÜTLI/SMIESZEK/FÜCHSLIN/ESCHLE (Fn. 12).

<sup>17</sup> BAG, Pandemieplan (Fn. 6), *passim*.

<sup>18</sup> [BAG, Coronavirus: Covid-19-Impfung](#).

## V. Wirksamkeit von (präventiven) Coronamassnahmen

### I. Aktuelle Situation

Das Finden der «richtigen Balance von Bevölkerungsstrategie und Hochrisikostategie» setzt eigentlich den hinreichenden Nachweis der Wirksamkeit der jeweils infrage stehenden Präventionsmassnahmen voraus. Dazu sind indessen nach wie vor wichtige Fragen offen.

Die gesamtgesellschaftlich und insbesondere für Risikogruppen signifikante positive Wirkung bleibt etwa im Dunkeln, wenn bei geöffneten Einkaufszentren die «Güter des täglichen Bedarfs» verkauft werden dürfen, nicht aber die sich meist u.a. auf demselben Stockwerk befindenden «Güter des nicht täglichen Bedarfs». Unter diesem Aspekt ist ebenso wenig verständlich, warum Fitnesscenter, die einen erwiesenen *Gesundheitsnutzen* bringen,<sup>19</sup> ohne nähere Begründung ganz geschlossen werden.

Gesamtgesellschaftliche Coronamassnahmen haben offenbar (kurzfristig) einen positiven Einfluss auf die Verbreitung anderer respiratorischer Viren. So haben auch international betrachtet «die Hygiene- und Social-Distancing-Massnahmen zur Reduktion der Covid-19-Übertragung [...] wahrscheinlich eine Rolle bei der Reduktion der Grippeübertragung gespielt».<sup>20</sup> Die *Kehrseite* ist darin zu sehen, dass diese anderen respiratorischen Viren später, d.h. mittelfristig, «umso heftiger zuschlagen» könnten, z.B. mit negativen Auswirkungen für die Grippeimpfung für die Saison 2021/2022.<sup>21</sup> Dies kann sich wiederum *zuungunsten* der Risikogruppen für die Grippe auswirken.

---

<sup>19</sup> So unterstützen viele Krankenversicherer im *gewinnorientierten Zusatzversicherungsgeschäft* das gesundheits- und bewegungsorientierte Training mit einem finanziellen Beitrag. Diese Beiträge werden ausgerichtet, wenn das bewegungs- und gesundheitsfördernde Angebot nach den Kriterien des *Qualitop-Labels* geprüft und zertifiziert ist (vgl. [Qualitop, Gütesiegel für Qualität in der bewegungs- und gesundheitsfördernden Branche](#)). Dadurch wird auch die obligatorische Krankenpflegeversicherung entlastet.

<sup>20</sup> [BAG, Bericht zu den grippeähnlichen Erkrankungen – Woche 1/2021, S. 4.](#)

<sup>21</sup> [Solothurner Zeitung vom 3. Januar 2021, «Wenig Erkältungen, kaum Grippe – doch wie lange noch?».](#)

Zu berücksichtigen ist ferner, *wie viele Menschen* von Coronamassnahmen insgesamt betroffen sind.<sup>22</sup> Je *mehr Menschen* sich je *stärkeren Einschränkungen* im Namen der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie zu unterziehen haben, desto *höher* muss der dadurch ausgewiesene Nutzen für die Risikogruppen sein. Schon nur vom bundesrätlichen «Besuchsverbot» ab 18. Januar 2021 (nur noch Treffen mit max. fünf Personen erlaubt) sind nach ersten Einschätzungen 1 Million Menschen tangiert.<sup>23</sup> Im Jahrestotal 2019 waren demgegenüber in der Schweiz in Alters- und Pflegeheimen 158 844 Klientinnen und Klienten beherbergt sowie 98 780 Beschäftigte in Vollzeitäquivalent im Einsatz.<sup>24</sup>

## 2. Überprüfung der Wirksamkeit

Mit zunehmender Intensität und Dauer der Coronamassnahmen sollten generell mehr interdisziplinäre wissenschaftliche Evidenz und eine *verstärkte behördliche Begründungspflicht* für Massnahmen zur Regel werden. «Die Wissenschaft», wie sie transdisziplinär z.B. in der «Swiss National Covid-19 Science Task Force» verortet ist, liefert die unerlässlichen Grundlagen für bundesrätlich verordnete Massnahmen. Zu begrüssen ist immerhin, dass sich «die Wissenschaft», welche unerlässliche Grundlagen für Coronamassnahmen liefert,

---

<sup>22</sup> Hier lässt sich von der *Grundüberlegung* her und *mutatis mutandis* eine gewisse Analogie zu *verkehrstechnischen Sanierungsmassnahmen* ziehen: «3.3 Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit von Sanierungsmassnahmen und - soweit diese aufgrund der zu erwartenden Kosten und des geringen Nutzens gerade nicht verhältnismässig erscheinen - kommt nach der Rechtsprechung der Anzahl der betroffenen Personen als Beurteilungsgrundlage eine erhebliche Bedeutung zu (VB.2000.00163 = RB 2001 Nr. 78, E. 4d.dd; BGE [119 Ib 463](#) E. 4). Dasselbe hat auch für die Prüfung der Erforderlichkeit einer Massnahme im Sinne einer Verkehrsanordnung zu gelten. Insoweit bedarf die Beurteilung, ob und inwiefern aus lärmschutzrechtlichen Gründen die zulässige Höchstgeschwindigkeit auf einzelnen Strassenabschnitten herabzusetzen sei, in der nach Massgabe der Rechtsprechung vorzunehmenden Interessenabwägung eingehender Betrachtung.» ([Urteil des Baurekursgerichts Zürich, Nr. 0030/2019 vom 15. März 2019 in BEZ 2019 Nr. 15, E. 3.3](#)).

<sup>23</sup> [Sulothurner Zeitung vom 15. Januar 2021, «Grosse Familien werden zur No-go-Zone: Das Besuchsverbot betrifft mehr als eine Million Menschen».](#)

<sup>24</sup> [Bundesamt für Statistik \(BFS\), Alters- und Pflegeheime.](#)

jedoch 2020 gelegentlich *kommunikativ* aus dem Tritt geraten ist, selbstkritisch mit ihrer Rolle in der Covid-19-Pandemie befasst.<sup>25</sup>

Mittlerweile werden in der Schweiz auch gewisse Defizite beim Rechtsschutz gegen Coronamassnahmen ansatzweise erkannt.<sup>26</sup> In Deutschland wurde kürzlich sogar ein Netzwerk von *Richtern und Staatsanwälten* gegründet, «die das politische Handeln und das Handeln der Gesetzes- und Verordnungsgeber in der Corona-Krise aus rechtsstaatlicher Sicht mit grosser Sorge beobachten».<sup>27</sup> Überlegungen zum wirksamen Rechtsschutz gegen Coronamassnahmen sollten auf jeden Fall Eingang in den «juristischen Pandemieplan» für kommende Pandemien finden.

## VI. Kurzfristige Präventionsmassnahmen in Alters- und Pflegeheimen

Alters- und Pflegeheime benötigen grundsätzlich *kantonale Bewilligungen*. Eine solche wird erteilt, wenn die Heime u.a. für die zweckmässige und fachgerechte Pflege und Betreuung, Behandlung sowie Unterbringung der Bewohnerinnen und Bewohner eingerichtet sind sowie über das für eine fachgerechte Versorgung von Bewohnerinnen und Bewohnern notwendiges Fachpersonal verfügen.<sup>28</sup> Es darf also vorausgesetzt werden, dass im professionellen Bereich der Infektionsschutz *besser ausgestaltet* ist als ausserhalb.

---

<sup>25</sup> Die seit Januar amtierende Präsidentin des Schweizerischen Wissenschaftsrates (SWR), Sabine Süssstrunk, hat die Wissenschaft in der Coronakrise kritisiert. «Unser Fehler war es, diese Debatten in der Öffentlichkeit auszutragen», sagte sie der «Neuen Zürcher Zeitung». «Die Bürgerinnen und Bürger sind es gewohnt, dass die Regierung mit einer Stimme spricht, und das hätte auch die Covid-Task-Force tun sollen», betonte sie. «Wir Wissenschaftler kommunizieren oft untereinander, und das haben wir auch in dieser Krise getan. Aber gegen aussen hätten wir uns besser erklären sollen», sagte die SWR-Präsidentin. Die Wissenschaft von heute basiere nicht auf einer Erkenntnis. «Jeder liefert ein Puzzleteil, dann diskutiert man und schaut, was stimmt. Erst mit der Zeit entsteht ein verlässliches Gesamtbild», erklärte Süssstrunk. Neben der Wissenschaft trügen aber auch die Medien eine Verantwortung, sagte sie. «Es gab viele Studien zu Corona, die auf Beobachtungen basierten. Oft gingen die Medien so damit um, als handle es sich bereits um gesicherte Erkenntnisse.» ([NZZ vom 14. Januar 2021, Oberste Forschungsberaterin des Bundes: «Spätestens bei der nächsten Krise werden die Telefone der Wissenschaftler wieder heisslaufen»](#)); vgl. dazu auch den Beitrag des Schreibenden im [Jusletter Coronavirus-Blog vom 22. Dezember 2020](#).

<sup>26</sup> «Gerichte schauen bei Notverordnungen weg», Plädoyer 6/2020, S. 16–18.

<sup>27</sup> [NETZWERK KRITISCHE RICHTER UND STAATSANWÄLTE](#).

<sup>28</sup> [Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich, Betriebsbewilligung für eine Pflegeinstitution \(Alters- und Pflegeheim, Pflegeheim, Pflegewohnung\), Merkblatt, Januar 2020, S. 2](#).

Das Personal «an der Front» ist im Pandemiefall zweifellos hohen Belastungen ausgesetzt. Neben der täglichen Routinearbeit kommt die Umsetzung verschiedener Coronamassnahmen hinzu. Bei der Frage nach der (dauernden und ernsthaften) Überlastung des Gesundheits- und Sozialwesens ist allerdings immer auch zu berücksichtigen, was die Bürgerinnen und Bürger *im Pandemiefall* vom (viele Milliarden Franken teuren und öffentlich [vor]finanzierten) Gesundheits- und Sozialwesen *vernünftiger- und zumutbarerweise* erwarten dürfen.<sup>29</sup> Hierzu ist eine nüchterne sowie schonungslose Gesamtanalyse ohne Rücksicht auf tagespolitisch opportune (und die Bevölkerung *a priori* einschüchternde) *Narrative* notwendig.

Mit dem gezieltem Schutz älterer Menschen können keine «Wunder» mit «null Infektionen» mit dem Coronavirus erreicht, jedoch *ansehnliche Erfolge* erzielt werden.<sup>30</sup> Dabei geht es – entgegen dem reflexartig vorgebrachten Argument gegen Forderungen nach besserem Schutz von Risikogruppen – in keiner Weise darum, Bewohnerinnen und Bewohner von Alters- und Pflegeheimen «wegzusperrern». Anzustreben ist vielmehr ein Schutzkonzept z.B. im Sinne eines engmaschigen Testregimes beim Personal und den Besuchern, soweit angezeigt die Ausrüstung mit FFP2-Masken usw. Die Schutzmassnahmen sollten das Ziel verfolgen, Besuchsverbote tunlichst zu vermeiden, aber auch die *Selbstverantwortung und den Willen* der Heimbewohnerinnen und -bewohner so weit wie möglich zu *respektieren*.

Vorläufig ist der folgenden Kurzbeurteilung zuzustimmen: «Bis alle Bewohner von Schweizer Altersheimen geimpft sind, wird es Frühling. Bis dahin kann das mutierte Virus in den Heimen grassieren. Ist das Coronavirus einmal im Altersheim, grassiert die Seuche. Deshalb drängen sich vorsorgliche Corona-Tests unter dem Personal auf.» Es ist allerdings ungewiss, wann dies geschehen soll: Das BAG plant «gewisse Möglichkeiten» für «flächendeckendere» Tests. Durch wen, wie genau und ob noch vor dem Ende der Pandemie, bleibt offen.<sup>31</sup>

Nach dem Gesagten überzeugt es nicht restlos, dass der Bundesrat per 18. Januar 2021 keine spezifischen Regelungen zum *präventiven Schutz* der Risikogruppen, welche sich in *professioneller Obhut* wie Alters- und Pflegeheimen befinden, aufgestellt hat. Ganz allgemein sollte durch (künftige) Coronamassnahmen nicht der Eindruck entstehen, die breite Bevölkerung müsse – unab-

---

<sup>29</sup> So sahen sich die Spitäler noch im Oktober 2020 trotz aller Herausforderungen «gerüstet für die zweite Covid-Welle» ([Schweizer Radio und Fernsehen \[SRF\]](#), «[Spitäler sehen sich gerüstet für die zweite Covid-Welle](#)», 10. Oktober 2020).

<sup>30</sup> Vgl. [Schwäbisches Tagblatt vom 22. Dezember 2020, Boris Palmer im Interview: «Wir müssen die Alten wirksam schützen»](#).

<sup>31</sup> HARDEGGER (Fn. 8).

hängig von den Verantwortlichkeiten – Unzulänglichkeiten beim Schutz von Menschen aus der Risikogruppe, die sich insbesondere in professioneller Betreuung befinden, «ausbaden».

## VII. Fazit

Selbstverständlich ist die Pandemiebekämpfung eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, die jeder Person temporär gewisse Beeinträchtigungen abverlangt. Für eine *Gesamtbeurteilung* drängt es sich jedoch auf, die Massnahmen gegenüber der Gesamtbevölkerung in Relation zu den spezifischen Massnahmen für die Risikogruppen zu betrachten.

Die unterschiedliche Covid-19-Risikoverteilung in der Gesamtgesellschaft hat *erheblichen Einfluss* auf die Wahl der Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie. Das Finden der «richtigen Balance von Bevölkerungsstrategie und Hochrisikostrategie» als Lösung des Präventionsparadoxons setzt den hinreichenden Nachweis der Wirksamkeit der jeweils infrage stehenden Präventionsmassnahmen voraus. Mit zunehmender Intensität und Dauer der Coronamassnahmen sollten generell mehr interdisziplinäre wissenschaftliche Evidenz und eine verstärkte behördliche Begründungspflicht für diese Massnahmen zur Regel werden.

Überlegungen zum wirksamen Rechtsschutz gegen Massnahmen zur Pandemiebekämpfung sollten auf jeden Fall Eingang in den «juristischen Pandemieplan» für kommende Pandemien finden.

Aufgrund der kantonalen Bewilligungspflicht für Alters- und Pflegeheime darf vorausgesetzt werden, dass im professionellen Bereich der Infektionsschutz *besser ausgestaltet* ist als ausserhalb. Hier scheint ein gewisser Nachholbedarf zu bestehen, insbesondere betreffend Coronatests und Schutzkonzepte. Es überzeugt nicht, dass der Bundesrat per 18. Januar 2021 keine spezifischen Regelungen zum präventiven Schutz der Risikogruppen, die sich in *professioneller Obhut* wie Alters- und Pflegeheimen befinden, aufgestellt, hingegen die Massnahmen gegenüber der Gesamtbevölkerung verstärkt hat. Die richtige Balance scheint hier noch nicht gefunden zu sein.



# Covid-19: Schlaglichter auf das Verhältnis zwischen «Recht» und «Wissenschaft»\*

## I. Erste Begegnung mit Thomas Gächter und die Motive für diesen Beitrag

Seit meinem ersten Arbeitstag im Sozialversicherungswesen im Jahre 2000 stellt sich für mich die langweilig-technisch anmutende, aber inhaltlich unendlich komplexe Frage: «Wie lässt sich der Grad der Zuverlässigkeit rechtsrelevanter medizinisch-wissenschaftlicher Aussagen in den rechtlich erforderlichen Beweisgrad «übersetzen»? Nach 15 Jahren Berufserfahrung stand bei mir 2015 eine nebenberufliche Weiterentwicklung an – mein Doktorat bei Thomas Gächter. So drängte es sich fast auf, eine Dissertation zur rechtlichen Würdigung psychosomatischer Leiden im IV-Rentenbereich zu verfassen.<sup>1</sup>

Die Intensität des Spannungsverhältnisses zwischen der Medizin und der mit ihr korrelierten Wissenschaften einerseits und dem Recht andererseits erreicht für mich seit Beginn der Covid-19-Pandemie eine regelrechte *Kulmination*. Im Folgenden hebe ich im Hinblick auf die eingangs gestellte Frage ein paar ausgewählte Punkte hervor. Da die Covid-19-Pandemie bei Redaktionsschluss (22. März 2021) andauert, ist die nachfolgende Beurteilung freilich eine vorläufige und bei deren Publikation möglicherweise eine zumindest teilweise überholte.

## II. Wissenschaft im Pandemicfall

### 1. Wissenschaft im Dienst der Aufklärung

Oft war und ist seit einem Jahr davon die Rede, man müsse auf «die Wissenschaft» hören oder es gelte «follow the science». Was ist damit gemeint? Ein (spezial)technokratisches und damit undemokratisches Staatsverständnis, wo die politischen Entscheidungsträger «Beschlüsse» der jeweils für einschlägig erachteten «Wissenschaft» nur noch formell durchwinken können? Oder die

---

\* Erschienen in: Kerstin Noëlle Vokinger/Matthias Kradolfer/Philipp Egli (Hrsg.), *Begegnungen – Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter*, 2021, 131-141.

<sup>1</sup> KASPAR GERBER, *Psychosomatische Leiden und IV-Rentenanspruch – Ein juristisch-medizinischer Zugang über IV-versicherte Gesundheitsschäden, funktionelle Einschränkungen und Beweisfragen auf Basis von BGE 141 V 281*, Diss., Zürcher Studien zum öffentlichen Recht 257, Zürich 2018.

Notwendigkeit, die politischen Entscheidungen zumindest in Kenntnis der jeweils bestmöglichen wissenschaftlichen Evidenz zu fällen? Was ist bzw. soll also die Wissenschaft? Gibt es überhaupt «die Wissenschaft»? Die Frage ist ein viel zu weites Feld für diesen Beitrag. Dem Schreibenden scheint deshalb die folgende Kurzformel einen guten Ausgangspunkt für diese Diskussion zu bilden: «Die Wissenschaft dient der Aufklärung mündiger Bürger. Wer sich ihrer bedient, um anderen vorzuschreiben, was sie tun oder lassen sollen, missbraucht sie.»<sup>2</sup>

## 2. Bild und Sprache der Wissenschaft gegen aussen

Ein Pandemiefall zwingt verschiedene Wissenschaftszweige zu einer engen Zusammenarbeit und zu *gemeinsamen Haltungen* gegen aussen und vor allem auch gegenüber den politischen Entscheidungsträgern. Was bedeutet das konkret? Zunächst müssen *alle relevanten Wissenschaftszweige* miteinbezogen werden. Covid-19 ist «nur», aber immerhin im Kern ein naturwissenschaftliches Problem (Identifikation des Erregers, medikamentöse Behandlung, Impfung usw.). Für die gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen der Pandemie sind zweifellos auch weitere Disziplinen wie die Sozialwissenschaften, die Wirtschaftswissenschaften oder die Psychologie gefragt.<sup>3</sup> Und ja: Auch die Rechtswissenschaft gehört zur massgeblichen Wissenschaft und muss *in einem Rechtsstaat* einen sicheren Platz haben.

Des Weiteren berufen sich Fachleute aus verschiedenen Wissensbereichen oft auf die *Empirie*, verkennen aber dabei gelegentlich die damit verbundenen *Widersprüchlichkeiten*. So drohen der Verlust der *ganzheitlichen Sicht* und in der Folge ein «babylonisches Sprachgewirr». Es hilft dann wenig, wenn die involvierten medizinisch-naturwissenschaftlichen Disziplinen im Nachhinein versuchen, unter dem Titel «evidenzbasiert» den Wirrwarr funktionalistisch in «evidente» Einzelheiten aufzudröseln.

---

<sup>2</sup> So die Einleitung bei MICHAEL ESFELD/PHILIP KOVCE, Corona, Lockdown, Vernunft und Politik: Was genau lehrt uns die Wissenschaft?, NZZ Online vom 27. Januar 2021 <<https://www.nzz.ch/feuilleton/corona-lockdown-vernunft-und-politik-was-genau-lehrt-uns-die-wissenschaft-ld.1598398>>.

<sup>3</sup> Zum Ganzen RICHARD SENNETT, «Ich bin erstaunt, wie soziologisch naiv viele Epidemiologen sind», Welt Online vom 21. Februar 2021 <<https://www.welt.de/wissenschaft/plus/226756687/Richard-Sennett-Die-Deutschen-sollten-mehr-Eigeninitiative-zeigen.html>>. SENNETT hält bei Covid-19 «Isolation nicht für einen gangbaren Weg, mit einer Krise wie dieser umzugehen.»

So prägen die u.a. zur Ergänzung des fehlenden (breitgefächerten) Spezialwissens der Bundesverwaltung *gesetzlich* eingerichteten offiziellen Gremien wie ausserparlamentarische Kommissionen<sup>4</sup> und offiziöse Körperschaften wie die vom Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) und dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) *mandatierte*<sup>5</sup> «Swiss National Covid-19 Science Task Force» das Bild *der* Wissenschaft in der Öffentlichkeit stark.<sup>6</sup> Entsprechend ihren Rollen als Fachgruppen müssen sie bei der Information der Öffentlichkeit zu politischen Fragen auf die *gebotene Zurückhaltung* achten.<sup>7</sup>

### 3. Rechtliches Wissenschaftsverständnis bei der Pandemiebekämpfung

Im Bereich «Schutz der Gesundheit» ist das zugrunde liegende Wissenschaftsverständnis in der innerstaatlichen Normhierarchie ganz oben in der Bundesverfassung angesiedelt: Unter dem Überbegriff «Schutz der Gesundheit» gemäss Art. 118 BV<sup>8</sup> macht die Spezialnorm 118a BV mit der «Komplementärmedizin» sowie *e contrario* mit der «Schulmedizin» verschiedene Wissenschaftsbilder und damit eine wissenschaftsmethodische «doppelte Buchführung»<sup>9</sup> fest.<sup>10</sup>

---

<sup>4</sup> Fedlex – Die Publikationsplattform des Bundesrechts, Ausserparlamentarische Kommissionen <<https://www.fedlex.admin.ch/de/extra-parliamentary-commission>>.

<sup>5</sup> Swiss National Covid-19 Science Task Force, Mandat an die Task Force, S. 3 <[https://scienctaskforce.ch/wp-content/uploads/2020/12/Science\\_Task\\_Force\\_Mandate\\_2020.pdf](https://scienctaskforce.ch/wp-content/uploads/2020/12/Science_Task_Force_Mandate_2020.pdf)>.

<sup>6</sup> Vgl. zum Ganzen KASPAR GERBER, Öffentliche Kommunikation der «Swiss National Covid-19 Science Task Force» – Welche Regeln gelten?, in: Jusletter Coronavirus-Blog vom 22. Dezember 2020 <<https://jusletter.weblaw.ch/blog/gerber22122020.html>>.

<sup>7</sup> Für ausserparlamentarische Kommissionen siehe Art. 8i<sup>ter</sup> der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1), für die Swiss National Covid-19 Science Task Force (Fn. 5), S. 3, Ziff. 4 am Ende.

<sup>8</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

<sup>9</sup> So THOMAS F. LÜSCHER, Ist die Medizin von Sinnen? Zur Rückkehr des autistisch-undisziplinierten Denkens, *Kardiovaskuläre Medizin* 2009; 12(10): S. 277–281, S. 279 <<https://www.zhh.ch/sites/zhh.online.ias/files/files/TFL/CVM2009-Ist-die-Medizin-von-Sinnen.pdf>>. Diese doppelte Buchführung muss gemäss Lüscher «als Rückschritt hinter die Aufklärung verstanden werden» (S. 281).

<sup>10</sup> In der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) stehen bei der Beurteilung der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit komplementärmedizinischer Leistungen Spezialkriterien im Vordergrund (Art. 35a der Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 [KVV, SR 832.102]).

Die für die Pandemiebekämpfung erforderlichen Massnahmen gehen über die Bekämpfung (individueller) medizinischer Probleme *weit hinaus*. Dementsprechend sind zusätzliche Wissenschaftsbereiche relevant. So greifen denn auch die im EpG<sup>11</sup> vorgesehenen Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit, die sich gegen bestimmte Personen oder gegen die Bevölkerung richten, in *verfassungsrechtlich geschützte Grundrechte* (Persönlichkeitsrechte, Wirtschaftsfreiheit) ein.<sup>12</sup> Die entsprechenden Massnahmen der Gesundheitsbehörden stehen in einem *Spannungsfeld* zwischen der Wahrnehmung öffentlicher Interessen einerseits und der potenziellen Verletzung von Persönlichkeitsrechten oder Wirtschaftsinteressen andererseits.<sup>13</sup> Beschränkungen dieser Freiheiten bedürfen nach Art. 36 BV einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein. Es sind denn auch «Verfahren einzurichten, welche den Betroffenen eine Überprüfung der Einschränkung der Grundrechte ermöglichen».<sup>14</sup> Dieses Postulat ist jedoch insbesondere gegenüber bundesrätlich angeordneten Massnahmen noch *nicht zufriedenstellend* erfüllt.<sup>15</sup>

Diese Vorgaben zwingen auch die jeweils zuständigen Behörden (Bundesrat, kantonale Behörden) – und damit die Juristinnen und Juristen – zu einem ausgeprägten Verständnis und Gespür für die konkret massgebenden wissenschaftlichen Erhebungen. Die Behörden dürfen die relevanten wissenschaftlichen Aussagen weder für die Ergreifung *angemessener Massnahmen zur Pandemiebekämpfung* 1:1 in ihre Beschlüsse überführen noch sie für eine *willkürfreie Entscheidung* ignorieren. Es besteht immer ein gewisser Beurteilungsspielraum, der sich realistischerweise auch schlicht nach der *gegenwärtigen (politischen) Opportunität* richten kann. Dies darf aber auch nicht dazu

---

<sup>11</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz, EpG, SR 818.101).

<sup>12</sup> Botschaft des Bundesrates zur Revision des Epidemiengesetzes, BBl 2011 311, 445.

<sup>13</sup> BBl 2011 445. Dabei sind öffentliche Interessen entgegen der Andeutung in der dortigen Formulierung keineswegs generell gegensätzlich zu Wirtschaftsinteressen.

<sup>14</sup> So BBl 2011 387.

<sup>15</sup> Zum Ganzen KASPAR GERBER, Rechtsschutz gegen bundesrätlich angeordnete Schliessungen von Gastronomiebetrieben und Fitnesscentern – «Egoistische Verbandsbeschwerden» als Möglichkeit? – Ein Gedankenexperiment, Jusletter Coronavirus-Blog, 1. März 2021 <<https://jusletter.weblaw.ch/blog/gerber01032021.html>>; vgl. auch ANDREAS STÖCKLI, Gewaltenteilung in ausserordentlichen Lagen – *quo vadis?*, Jusletter, 15. Februar 2021, Rz. 36.

führen, von der «Wissenschaft» die notwendigen «dramaturgischen» Untermauerungen für bereits vorgefasste politische Entscheide zu Pandemiemassnahmen zu verlangen.<sup>16</sup>

#### 4. Evidenz und Pandemiemassnahmen

##### 4.1. «Evidenzbasiert» vs. «eminenzbasiert»

Evidenzbasiert bedeutet «auf der Basis empirisch zusammengetragener und bewerteter wissenschaftlicher Erkenntnisse erfolgend (von diagnostischen oder therapeutischen Massnahmen)».<sup>17</sup>

Der Bundesrat legt nach Art. 4 Abs. 1 EpG unter Einbezug der Kantone die Ziele und Strategien der Erkennung, Überwachung, Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten fest. Gemäss Art. 4 Abs. 2 EpG sind bei der Festlegung der Ziele und Strategien u.a. internationale Empfehlungen und Richtlinien (lit. b) und der aktuelle Stand der Wissenschaft (lit. c) zu berücksichtigen. Diese *Separierung der Entscheidungsgrundlagen* lässt den Schluss zu, dass die Evidenzgrade der internationalen Empfehlungen und Richtlinien (lit. b) und des aktuellen Stands der Wissenschaft (lit. c) nicht unbedingt *deckungsgleich*

---

<sup>16</sup> Dazu für Deutschland eingehend SEBASTIAN VIEHMANN, Mailwechsel des Innenministeriums, Zahlreiche Seiten geschwärzt: Wie es zur Lockdown-Strategie der Bundesregierung kam, FOCUS Online vom 15. Februar 2021 <[https://www.focus.de/gesundheit/lockdown-und-kollateralschaeden-zahlreiche-seiten-geschwaerzt-wie-kam-es-zur-lockdown-strategie-der-bundesregierung\\_id\\_12965163.html](https://www.focus.de/gesundheit/lockdown-und-kollateralschaeden-zahlreiche-seiten-geschwaerzt-wie-kam-es-zur-lockdown-strategie-der-bundesregierung_id_12965163.html)> anhand der (juristisch erstrittenen) teilweise herausgegebenen Korrespondenz des Bundesinnenministeriums (BMI) unter anderem mit dem Robert-Koch-Institut (RKI).

<sup>17</sup> Duden Online, Stichwort «evidenzbasiert» <<https://www.duden.de/rechtschreibung/evidenzbasiert>>.

sein müssen. Daher können je nach deren Urheber die kraft EpG zu berücksichtigenden internationalen Empfehlungen und Richtlinien mehr «eminenzbasierten» als «evidenzbasierten» Charakter aufweisen.<sup>18</sup>

#### 4.2. Evidenz und Dauer bzw. Intensität der Massnahmen

In der gegenwärtigen besonderen Lage kann der Bundesrat nach Art. 6 Abs. 2 EpG verschiedene *Massnahmen auf dem Verordnungsweg* regeln. Nach Art. 40 Abs. 3 EpG dürfen die Massnahmen nur so lange dauern, wie es notwendig ist, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern. Sie sind regelmässig zu überprüfen. Diese Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Massnahmen ist u.a. ohne wissenschaftliche Evidenz nicht möglich.

Für die Epidemie- bzw. Pandemiebekämpfung ist ein gewisser *Schematismus* der ergriffenen Massnahmen zweifellos notwendig. In der ausserordentlichen Lage nach Art. 7 EpG muss das behördliche Ermessen zumindest zu Beginn aufgrund der «Gefahr im Verzug» zweifellos grösser sein («Chaosbonus») als in der jetzigen besonderen Lage nach Art. 6 EpG mit mehreren Monaten internationaler Erfahrung mit der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie. Man dürfte also annehmen, dass mit zunehmender Intensität und/oder zunehmender Dauer der Coronamassnahmen generell mehr interdisziplinäre wissenschaftliche Evidenz zu verlangen wäre. Auch Gesamtpakete von Massnahmen (Zugangsbeschränkungen zu gewissen Betrieben, Verhaltensregeln, Maskentragpflicht an verschiedenen Orten usw.), die insgesamt laut offizieller Einschätzung «irgendwie» wirken, dürften die Behörden je länger je weniger

---

<sup>18</sup> Der Bundesrat liess in seiner Stellungnahme vom 2. September 2020 zur Anfrage von Marchesi durchblicken, dass er trotz bisher fehlender gesicherter wissenschaftlicher Ergebnisse zur Frage, in welchem Ausmass eine allgemeine Maskentragpflicht zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie beitragen würde, massgeblich aufgrund der entsprechenden Empfehlung der WHO eine allgemeine (und laufend erweiterte) Maskenpflicht eingeführt hat: «Bei Personen ohne Symptome war der Nutzen von Hygienemasken im öffentlichen Raum umstritten. Es gibt bisher keine gesicherten wissenschaftlichen Ergebnisse zur Frage, in welchem Ausmass eine allgemeine Maskentragpflicht zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie beitragen würde. Die WHO ermunterte in ihrer Empfehlung vom 5. Juni 2020 aufgrund von Erkenntnissen zur asymptomatischen Verbreitung sowie der bisherigen Erfahrungen, trotz noch fehlender wissenschaftlicher Evidenz, die Bevölkerung zum Tragen von Masken in spezifischen Situationen, z. B. im öffentlichen Verkehr. Der Bundesrat hat unter anderem unter Berücksichtigung dieser Empfehlung schweizweit per 20. Juni 2020 eine Maskentragpflicht bei Demonstrationen sowie per 6. Juli 2020 eine Maskentragpflicht im öffentlichen Verkehr beschlossen.» (PIERO MARCHESI, 20.1011 Anfrage «Maskentragpflicht. Es braucht Klarheit», Einreichungsdatum 6. Mai 2020 <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20201011>>).

von evidenzbasierter Rechenschaft dispensieren. Sie haben entweder nachzuweisen, dass jede einzelne Vorkehrung dieses Gesamtpakets einen *signifikant positiven Effekt* auf die Eindämmung der Covid-19-Pandemie entfaltet, oder sie müssten zumindest die (erwünschten) Wechselwirkungen der einzelnen Coronamassnahmen zueinander nachvollziehbar aufzeigen.

Wo stehen wir bei Redaktionsschluss am 22. März 2021? Die Datenlage zur Covid-19-Pandemie in der Schweiz ist offenbar auch ein Jahr nach Ausbruch der Coronakrise noch ungenügend. Gar von «Blindflug» war und ist die Rede.<sup>19</sup> Das Contact Tracing scheint *ins Leere* zu laufen, da bei fast 90 Prozent der Coronafälle der Ansteckungsort unbekannt ist.<sup>20</sup> Auch bestehen Hinweise für eine *zu hoch ausgewiesene* Positivitätsrate der Coronatests.<sup>21</sup> Zudem ist fraglich, inwieweit Virusmutationen zu *schwereren Verläufen* führen.<sup>22</sup> Für März 2021 sind zwar *epidemiologische Richtwerte* für weitere Lockerungen der

---

<sup>19</sup> MARCEL SALATHÉ, «Wir sind nach wie vor im Blindflug», Tagesanzeiger Online vom 3. Februar 2021 <<https://www.tagesanzeiger.ch/wir-sind-nach-wie-vor-im-blindflug-440840910381>>.

<sup>20</sup> ADRIAN SCHMID, Contact-Tracing funktioniert viel schlechter als angenommen, Tagesanzeiger Online vom 14. Februar 2021 <<https://www.tagesanzeiger.ch/contact-tracing-laeuft-ins-leere-881422373659>>.

<sup>21</sup> Der Bundesrat hielt in seiner Antwort auf die Frage von Egger am 8. März 2021 u.a. fest: «[...] Der Bundesrat ist sich bewusst, dass diese Meldevorgaben einen direkten Einfluss auf die Positivitätsrate haben und diese entsprechend ein unvollständiges Bild gibt. Auch deshalb hat der Bundesrat bewusst auf ein fixes Ampelsystem verzichtet. Er wird die Auswirkungen der aktuellen Meldevorgaben auf die Positivitätsrate bei seinem Entscheid über allfällige weitere Öffnungsschritte berücksichtigen» (MIKE EGGER, 21.7028, Fragestunde. Frage «Covid-19-Pandemie: Verfälscht das BAG bewusst die Positivitätsrate?», Einreichungsdatum 1. März 2021 <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20217028>>; vgl. auch CHRISTOF VUILLE, Alain Berset sieht Positivitätsrate kritisch, News für die Schweiz (nau.ch) vom 9. März 2021 <<https://www.nau.ch/politik/bundeshaus/alain-beret-sieht-positivitaetsrate-kritisch-65884299>>).

<sup>22</sup> Dazu das BAG: «Es gibt Hinweise darauf, dass diese Varianten deutlich ansteckender sind und das Virus sich dadurch wesentlich schneller ausbreitet als dies bei der bisherigen Variante des neuen Coronavirus mit Ursprung in Wuhan der Fall war. Bei allen Varianten gibt es momentan keine Hinweise darauf, dass sie stärkere Symptome verursachen oder zu mehr Todesfällen führen» (BAG, Coronavirus: Krankheit, Symptome, Behandlung, Varianten vom neuen Coronavirus <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung.html#80801917>>).

Massnahmen definiert worden.<sup>23</sup> Bei Covid-19 ist die Zuverlässigkeit der Hochrechnung der Sentinella-Daten auf die Bevölkerung allerdings «zurzeit begrenzt».<sup>24</sup> Inwieweit die schweizerischen Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie tatsächlich evidenzbasiert waren und sind, werden wohl erst spätere Untersuchungen zeigen.

### III. Information der Bevölkerung über Covid-19

#### i. Aktuelle Situation

Im Pandemiefall muss die Bevölkerung in der Lage sein, die Gefährlichkeit von Covid-19 als spezifisches Lebensrisiko auch im *Verhältnis zu vergleichbaren anderen Lebensrisiken* möglichst realistisch zu beurteilen und sie weder zu unter- noch zu überschätzen. Das EpG auferlegt den zuständigen Behörden denn auch eine *Informationspflicht*. Die Information nach Art. 9 EpG über Krankheitsrisiken oder die Förderung der Gesundheit mittels Informationskampagnen sind ein zentrales Mittel zum Schutz der öffentlichen Gesundheit. Die Bürgerinnen und Bürger sollen ihre Entscheidungen möglichst auf der Grundlage von angemessenen Informationen treffen. Insbesondere dort, wo persönliche Entscheidungen und Verhaltensweisen zu Konsequenzen für die eigene oder für die Gesundheit Dritter führen können, sollen Handlungsoptionen und Entscheidungsgrundlagen bereitgestellt werden.<sup>25</sup> Die Empfehlungen des BAG

---

<sup>23</sup> Die Positivitätsrate soll unter fünf Prozent, die Auslastung der Intensivplätze mit Covid-19-Patienten unter 250 belegten Betten und die durchschnittliche Reproduktionszahl über die letzten 7 Tage unter 1 liegen. Zudem soll die 14-Tages-Inzidenz am 17. März nicht höher sein als bei der Öffnung am 1. März (Medienmitteilung des Bundesrates vom 24. Februar 2021 <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-82462.html>>).

<sup>24</sup> «Die Zuverlässigkeit der Hochrechnung der Sentinella-Daten auf die Bevölkerung ist zurzeit begrenzt. Einerseits unterscheiden sich die Symptome von Covid-19 nur wenig von denen grippaler und weiterer respiratorischer Erkrankungen, die durch andere Erreger bedingt sind. Diese Erkrankungen sind daher in den Sentinella-Daten zu Covid-19-Verdacht enthalten. [...]» (BAG, Coronavirus-Krankheit-2019 (Covid-19), Situationsbericht zur epidemiologischen Lage in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein - Woche 10 (08.03.-14.03.2021), Stand am 17. März 2021, S. 14 <[https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/bisherige-lageberichte-q1-2021.zip.download.zip/Bisherige%20Situationsberichte.%202021\\_Q1.zip](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/bisherige-lageberichte-q1-2021.zip.download.zip/Bisherige%20Situationsberichte.%202021_Q1.zip)>); vgl. auch Ziffer III.2 hinten.

<sup>25</sup> BBl 2011 367.

nach Art. 9 Abs. 3 EpG sollen dem *aktuellen Stand des Wissens* entsprechen und möglichst *laufend* an wichtige Entwicklungen auf dem Fachgebiet angepasst werden.<sup>26</sup>

Da es sich bei einer Pandemie um etwas sehr «Ungutes» handelt, herrschen im Rahmen der zugehörigen Kommunikation zwangsläufig *negativ besetzte Begriffe* wie Krankheit, Elend, Tod, wirtschaftliche und gesellschaftliche Krisen usw. vor. Daher ist eine *behutsame Kommunikation* unabdingbar. Ansonsten droht durch das tägliche mediale Publizieren teils stark emotionalisierend aufbereiteter Daten zur Covid-19-Pandemie ein vielschichtiger *Nocebo-Effekt*.<sup>27</sup> Epidemiologische Grössen wie hohe Fallzahlen mit der Notwendigkeit weiterer Massnahmen, Mutanten, schwere Krankheitsfälle, Todesfälle, Schutz von besonders gefährdeten Personen(gruppen), Überlastung des Gesundheitswesens und Langzeitfolgen sind zweifellos wichtige, aber für die breite Bevölkerung ebenso *suggestive und narrativbeladene Begriffe*, die nicht einfach für sich selbst sprechen und automatisch uneingeschränkte (*wissenschaftliche und politische*) *Autorität* beanspruchen dürfen. Sie müssen vielmehr *gut begründet, wissenschaftlich untermauert und allgemeinverständlich eingeordnet* werden, um *Rechtsfolgen* (hier Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie) nicht nur zu legitimieren, sondern auch, um für deren *möglichst hohe Akzeptanz* in der Bevölkerung zu sorgen. Gerade die Tolerierung von Einschränkungen im alltäglichen Leben der Gesamtbevölkerung hängt immer auch von den *vernünftigen Erwartungen* ab, welche die Bürgerinnen und Bürger rund um einen Pandemiefall an die (mittels ihrer Zwangsabgaben finanzierten) staatlichen Institutionen haben dürfen.<sup>28</sup> So hat die Covid-19-Pandemie die Schweiz

---

<sup>26</sup> BBl 2011 367.

<sup>27</sup> Vgl. EVA DRUEY JUST, Nocebo als ernstzunehmender Faktor in der Aufklärungsdiskussion, in: Jusletter vom 1. Februar 2021, *passim*.

<sup>28</sup> Hierzu hat der Bund etwa bei der Bevölkerung sehr hohe Erwartungen an die Pandemievorbereitung geweckt unter Zitat von Benjamin Franklin: «If you fail to plan, you are planning to fail» (BAG, Influenza-Pandemieplan Schweiz Strategien und Massnahmen zur Vorbereitung auf eine Influenza-Pandemie, 2018, S. 3 <<https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-i/hygiene-pandemiefall/influenza-pandemieplan-ch.pdf.download.pdf/bag-pandemieplan-influenza-ch.pdf>>).

punkto *Pandemievorbereitung* schlicht auf dem falschen Fuss erwischt.<sup>29</sup> Auch bei der *Impfintensität* erreicht die Schweiz zumindest bis dato international keinen vorderen Platz.<sup>30</sup>

## 2. Mögliche künftige Verbesserungen in der Kommunikation

Statistische Daten zu Covid-19 sollten nur im grösseren Zusammenhang mit einer *statistischen Gesamtschau* insbesondere (und zumindest) der *respiratorischen Infektionskrankheiten* erfolgen. Zu den saisonal auftretenden grippeähnlichen Erkrankungen veröffentlicht das BAG von Oktober bis April wöchentlich einen Bericht, das «Grippemonitoring». Die Datenerhebung für den Bericht erfolgt im Rahmen der – wegen Covid-19 gegenwärtig nur eingeschränkt zuverlässigen – *Sentinella-Überwachung* und der *Meldepflicht*.<sup>31</sup> Die relevanten Daten zu Covid-19 sollten künftig in die bisher etablierten Monitoringgefässe des BAG zu Infektionskrankheiten und von Oktober bis April *klarer und anschaulicher* in das Grippemonitoring eingegliedert werden. Auf jeden Fall sollte möglichst rasch auf die prominente und *isolierte tägliche Berichterstattung* zu erhobenen Daten zu Covid-19 verzichtet werden.

## IV. Vorläufiges Fazit

Als Antwort auf die vom Titel dieses Beitrags implizierte Frage lässt sich sagen, dass sich «Recht» und «Wissenschaft» *wechselseitig beeinflussen*. So verweisen einzelne Artikel des EpG u.a. auf die wissenschaftlichen Erhebungen als *notwendige, aber nicht hinreichende Entscheidungsgrundlagen für die zustän-*

---

<sup>29</sup> «Trotz des 2018 in Kraft getretenen Influenza-Pandemieplans Schweiz waren offensichtlich weder Bund noch Kantone auf eine Gesundheitskrise dieser Grössenordnung vorbereitet» (Konferenz der Kantonsregierungen [KdK], Zwischenbericht zur Covid-19-Pandemie: Das Krisenmanagement in der ersten Welle aus Sicht der Kantone, Plenarversammlung vom 18. Dezember 2020, S. 8 <[https://kdk.ch/uploads/media/AN\\_4310-5-20201221-Zwischenbericht\\_Covid-DE\\_final.pdf](https://kdk.ch/uploads/media/AN_4310-5-20201221-Zwischenbericht_Covid-DE_final.pdf)>).

<sup>30</sup> OurWorldinData (OWID), Statistics and Research, Coronavirus (Covid-19) Vaccinations <<https://ourworldindata.org/covid-vaccinations>>.

<sup>31</sup> Die Sentinella-Überwachung verfolgt laufend die Zahl der Arztkonsultationen aufgrund grippeähnlicher Erkrankungen (Grippeverdacht) in Arztpraxen und bei Hausbesuchen von Grundversorgerinnen und Grundversorgern. Die Beteiligung ist für Grundversorgerinnen und Grundversorger freiwillig. Die Meldepflicht der Laboratorien umfasst alle Influenza-Nachweise mit positivem Befund (BAG, Saisonale Grippe – Lagebericht Schweiz <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/saisonale-grippe---lagebericht-schweiz.html>>).

*digen Behörden* (u.a. Bundesrat) zur Ergreifung von Pandemiemassnahmen. Wenn der Bundesrat neue Massnahmen z.B. auf dem Verordnungsweg ergreift, schafft er dadurch *neues (geschriebenes) Recht*.

In einem grösseren Zusammenhang betrachtet stellt die Covid-19-Pandemie das *gesamtgesellschaftliche Leben* auf eine teils harte Probe, wobei die Beurteilung einzelner Faktoren je nach Sichtweise und Standpunkt differieren mag. Doch ist die Pandemie ein Grund für einen generellen Ausnahmezustand mit der Losung «mehr Diktatur wagen», wie es mittlerweile auch in unseren Breitengraden zumindest halb ernsthaft angeregt wird?<sup>32</sup> Sicher nicht. Eine Pandemie ist bei aller Tragik im Einzelfall kein Grund, die *demokratische Gesellschaftsordnung ab initio* umzukrempeln mit dem Anspruch, es müsse jetzt «alles anders werden». Notwendig ist es allerdings, sich den folgenden offenkundigen Herausforderungen zu stellen: Die (suboptimale) Pandemievorbereitung muss verbessert werden. Die Beschaffungsprobleme beim Impfstoff, der (verbesserungsfähige) Rechtsschutz gegen (notrechtliche) bundesrätliche Massnahmen und damit deren Verhältnismässigkeit,<sup>33</sup> die pandemische Datenerhebung und -verwaltung und vor allem die Kommunikationpraxis sind dereinst bei der Aufarbeitung der Pandemie prioritär zu thematisieren. Auf alle Fälle erfordert die (Nach-)Beurteilung der Covid-19-Pandemie einen *freien Geist* und inhaltliche Auseinandersetzungen mit *offenem Visier* – so wie es der Jubilar verkörpert und für sein Umfeld in inspirierender Weise vorlebt. Ich gratuliere Thomas Gächter ganz herzlich zu seinen ersten 50 Lebensjahren. Auf die nächsten 50!

---

<sup>32</sup> THOMAS BRUSSIG, Pandemie, Mehr Diktatur wagen, Süddeutsche Zeitung Online vom 9. Februar 2021 <<https://www.sueddeutsche.de/kultur/corona-diktatur-thomas-brussig-1.5199495?reduced=true>>; dazu die Replik von RENÉ SCHLOTT, Bekämpfung der Pandemie, Der Freiheit eine Gasse, Süddeutsche Zeitung Online vom 10. Februar 2021 <<https://www.sueddeutsche.de/kultur/brussig-corona-diktatur-rki-mutante-1.5202051>>.

<sup>33</sup> GERBER (Fn. 15).



# Kommunikation in der Pandemie



# Öffentliche Kommunikation der «Swiss National Covid-19 Science Task Force»\*

## Welche Regeln gelten?

*Die Handlungsmaximen des Bundesrats und der primär der Wissenschaft verpflichteten «Swiss National Covid-19 Science Task Force» sind unterschiedlich. Die Taskforce hat sich zu konkreten politischen Massnahmen in der Öffentlichkeit kommunikativ zurückzuhalten. Umgekehrt darf der Bundesrat der Taskforce keine politischen Vorgaben zur wissenschaftlichen Arbeit machen.*

### I. Einstieg

Anlässlich der Medienkonferenz der Fachexperten des Bundes vom 15. Dezember 2020 fragte ein Journalist, was Martin Ackermann, Präsident der «Swiss National Covid-19 Science Task Force»<sup>1</sup> (Taskforce), heute tun würde, wenn er sich vorstelle, er sei ein Schweizer Politiker. Es käme darauf an, wie viel Entscheidungskompetenz er hätte, meint Ackermann. In der Schweiz würden diese Entscheidungen nicht alleine getroffen. Aber: «Wenn ich heute eine Entscheidung für das Land treffen könnte, würde ich sehr weitgehende Massnahmen so schnell wie möglich einsetzen: Schliessungen von Restaurants, Schliessungen von nicht notwendigen Geschäften, strikte Anordnung zum Homeoffice.»<sup>2</sup> An der Medienkonferenz des Bundesrates vom 18. Dezember 2020 stellte Bundesrat Berset auf die Frage eines Journalisten, warum nicht die Läden geschlossen und Homeoffice durchgesetzt würden, wie das die Taskforce fordere, klar: «Die Experten machen keine Massnahmen, wir machen das.» Man habe eine Entscheidung treffen müssen, und das habe man getan, auch wenn die Meinung von Experten wichtig sei.<sup>3</sup>

---

\* Erschienen in: Jusletter, Coronavirus-Blog vom 22. Dezember 2020.

<sup>1</sup> [Swiss National Covid-19 Science Task Force \(Taskforce\)](#).

<sup>2</sup> Bundesamt für Gesundheit (BAG), Point de Presse Coronavirus, 15. Dezember 2020, Votum MARTIN ACKERMANN, Präsident Taskforce.

<sup>3</sup> Bundesrat, Medienkonferenz vom 18. Dezember 2020, Votum Bundesrat ALAIN BERSET, 22m52s–23m59s.

Diese – vorderhand immer wieder mögliche – Ausgangslage legt es nahe, einen kurzen Blick auf ausgewählte rechtsdogmatische Hintergründe der Taskforce und ihrer Kommunikation zu werfen.<sup>4</sup>

## II. Rechtliche Rolle der Taskforce

### I. Ausserparlamentarische Kommissionen

#### I.1. Funktionen

Ausserparlamentarische Kommissionen erfüllen hauptsächlich *zwei Funktionen*: Zum einen ergänzen sie als Milizorgane die Bundesverwaltung in bestimmten Bereichen, in denen ihr die speziellen Kenntnisse fehlen. Die Verwaltung gewinnt daraus Fachkenntnisse, die sie ansonsten durch eine Vergrösserung des Verwaltungsapparates beschaffen oder durch kostspielige Expertenaufträge einkaufen müsste. Auf diese Weise kann der *Sachverstand von Fachpersonen* für die Allgemeinheit nutzbar gemacht werden.<sup>5</sup> Neben dieser fachlichen Funktion stellen ausserparlamentarische Kommissionen ein wirksames Instrument zur *Interessenvertretung von Organisationen aus Politik, Wirtschaft und Gesellschaft* und die Möglichkeit einer *mehr oder weniger direkten Einflussnahme auf die Tätigkeit der Verwaltung* dar. Beiden Seiten wird aber auch die Mitwirkung am Zustandekommen von *Kompromissen* ermöglicht, die über eine reine Interessenvertretung hinausgehen. Ausserparlamentarische Kommissionen können folglich als *Instrument einer partizipativen Demokratie* betrachtet werden. Sie verfügen im schweizerischen, auf *Ausgleich und Konsens* angelegten politischen System über eine *lange Tradition*.<sup>6</sup>

Art. 57a–g RVOG<sup>7</sup> enthalten die grundlegenden Bestimmungen über ausserparlamentarische Kommissionen auf Gesetzesstufe. Nach Art. 8e Abs. 1 RVOV<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Der Schreibende hat sich bereits im [Jusletter vom 14. April 2020](#) sowie im [Jusletter Coronavirus-Blog vom 6. Mai 2020](#) wohlwollend mit der Taskforce befasst. Aufgrund gewisser Entwicklungen in den letzten Monaten drängen sich in diesem Beitrag zugunsten einer möglichst breiten Betrachtung allerdings auch einige kritische Anmerkungen zur Taskforce auf.

<sup>5</sup> Bundesrat, [Ausserparlamentarische Kommissionen](#).

<sup>6</sup> Bundesrat (Fn. 5).

<sup>7</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997 (Stand am 2. Dezember 2019), SR 172.010.

<sup>8</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV) vom 25. November 1998 (Stand am 1. Juli 2020), SR 172.010.1.

werden ausserparlamentarische Kommissionen durch *Verfügung des Bundesrates* eingesetzt. Diese Einsetzungsverfügung hat einen umfassenden Inhalt (Abs. 2).

## 1.2. Kommunikation der ausserparlamentarischen Kommissionen

Gemäss Art. 81<sup>ter</sup> RVOV («Information der Öffentlichkeit») achten Kommissionen, die gemäss ihrer Einsetzungsverfügung ohne Rücksprache mit der zuständigen Behörde kommunizieren, bei der Information der Öffentlichkeit zu politischen Fragen auf die *gebotene Zurückhaltung*. Der Grund liegt darin, dass ausserparlamentarische Kommissionen *nicht dazu berufen* sind, Aufgaben der politischen Willensbildung wahrzunehmen.<sup>9</sup> Ihre Tätigkeit darf daher in politisch bedeutsamen Fragen nicht *Lösungen vorwegnehmen*.<sup>10</sup> Es ist zu vermeiden, dass durch eine *vorzeitige Information* die *Entscheidungsfreiheit des Bundesrates* eingeschränkt wird und dass *Widersprüche zur bundesrätlichen Haltung* bestehen. Aus diesem Grund sollte die Information der Öffentlichkeit zu politischen Fragen im Namen der ausserparlamentarischen Kommission *nur mit der gebotenen Zurückhaltung* erfolgen.<sup>11</sup> Das hindert selbstverständlich eine Information der Öffentlichkeit über die *fachliche Tätigkeit der ausserparlamentarischen Kommission* nicht.<sup>12</sup>

## 2. Eidgenössische Kommission für Pandemievorbereitung und -bewältigung (EKP)

Die EKP ist eine *nur administrativ* dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) angegliederte *unabhängige ausserparlamentarische Expertenkommission*. Sie berät die Bundesverwaltung in der Vorbereitung auf Pandemien, die durch Influenza- oder andere *respiratorische Virentypen* verursacht sind. Im *Ereignisfall* übernimmt die EKP eine beratende Funktion in Fragen der *Lage- und Risikobewertung* sowie in der Wahl der *Strategien und Massnahmen zur Bewältigung einer Pandemie*.<sup>13</sup> Die EKP wäre also prädestiniert (gewesen), auch im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie als Beratungsgremium in Aktion zu treten. Doch dies geschah nicht. Das letzte Update der Website der EKP datiert vom 17. Februar 2020. Im April 2020 erhob sich die Frage: «Was macht eigentlich die Pandemiekommission?». Die Antwort lautete: «Bricht eine Pandemie

---

<sup>9</sup> THOMAS SÄGESSER, in: Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, Bern 2007, Art. 57 RVOG, N 114.

<sup>10</sup> BBl 1990 III 340, dazu SÄGESSER (Fn. 9).

<sup>11</sup> SÄGESSER (Fn. 9).

<sup>12</sup> SÄGESSER (Fn. 9).

<sup>13</sup> BAG, [Eidgenössische Kommission für Pandemievorbereitung und -bewältigung \(EKP\)](#).

aus, dann würde die Pandemiekommission in dieser Zeit auch das Bundesamt für Gesundheit beraten – das BAG verzichtete aber darauf, wie Kommissionspräsidentin Anne Iten sagt: «Als die Krise kam, fragte ich das BAG: Was erwartet ihr von uns? Das Bundesamt sagte: Wenn wir euch brauchen, melden wir uns – arbeitet da, wo ihr tätig seid».<sup>14</sup> Dass das BAG die vorhandene EKP nicht involviert hat, erstaunt sehr. Die genauen Hintergründe müssten jedoch bei anderer Gelegenheit vertieft analysiert werden.

### 3. Taskforce

#### 3.1. Grundsätzliches zur Taskforce

Die Taskforce ist keine offizielle ausserparlamentarische Kommission, sondern ein *Ad-hoc-Gremium* mit einem vom Eidgenössischen Departement des Innern (EDI)/BAG erteilten *Rahmenmandat*.<sup>15</sup> Sie hat das folgende Selbstverständnis: «Die Swiss National Covid-19 Science Task Force berät die Behörden in der aktuellen Covid-19-Krise. Die Taskforce trifft keine Entscheidungen über Massnahmen oder Schritte, die unternommen werden, sondern die ehrenamtlich tätige Gruppe von Expertinnen und Experten vertritt wissenschaftlich relevante Bereiche und stellt die unabhängige wissenschaftliche Beratung sicher.»<sup>16</sup>

#### 3.2. Kommunikationsregeln für die Taskforce

Betreffend die Kommunikation in politisch sensiblen Bereichen gelten für die Taskforce gemäss Rahmenmandat *materiell ähnlich restriktive Regeln* wie gemäss dem erwähnten Art. 8i<sup>ter</sup> RVOV für die ausserparlamentarischen Kommissionen: «Falls Empfehlungen und Massnahmen der SN-STF einen Einfluss auf anstehende Entscheide des BAG, des EDI oder des Bundesrates haben können, werden diese Empfehlungen der SN-STF erst nach den entsprechenden Beschlüssen der Auftraggeber publiziert.»<sup>17</sup> Bei diesen Empfehlungen kann es sich nicht nur um die schriftlichen Policy Briefs der Taskforce<sup>18</sup> handeln. Auch (spontane) mediale (mündliche) Äusserungen von Mitgliedern der Taskforce,

---

<sup>14</sup> Schweizer Radio und Fernsehen (SRF), [Was macht eigentlich die Pandemiekommission? - BAG verzichtet auf Einsatz. Bericht vom 18. April 2020.](#)

<sup>15</sup> Eidgenössisches Departement des Innern (EDI)/BAG/Taskforce, [Rahmenmandat an Taskforce \(vertreten durch Prof. Martin Ackermann\) und den ETH-Rat \(vertreten durch Prof. Michael Hengartner\) vom Juli 2020.](#)

<sup>16</sup> Taskforce, [Wir identifizieren, analysieren und beraten.](#)

<sup>17</sup> EDI/BAG/Taskforce (Fn. 15), S. 3.

<sup>18</sup> Taskforce, [Policy Briefs.](#)

insbesondere vom Präsidium, vermögen die öffentliche und politische Meinungsbildung zu anstehenden Entscheidungen des Bundesrates *erheblich zu beeinflussen*.

### 3.3. Handlungsmaximen der Taskforce und des Bundesrates

Die (unerlässlichen) Fachexpertinnen und Fachexperten der Taskforce sind primär ihrem *jeweiligen wissenschaftlichen Fachgebiet* verpflichtet. Soweit sie als Ärztinnen oder Ärzte tätig sind, kommt der hippokratische Eid<sup>19</sup> bzw. der Schweizer Eid<sup>20</sup> hinzu. Der Bundesrat muss bei seinen Entscheidungen hingegen das *gesellschaftliche Gesamtwohl* im Auge behalten und ist daher an *übergeordnete und umfassendere Vorgaben* gebunden. Gemäss Art. 3 Abs. 2 ParlG<sup>21</sup> legen die Mitglieder der Bundesversammlung und die von der Bundesversammlung gewählten Personen (namentlich die Mitglieder des Bundesrates, der Bundeskanzler, die Bundesrichter und im Kriegsfall der General)<sup>22</sup> den *Eid oder das Gelübde* ab. Wer sich weigert, verzichtet auf sein Amt (Abs. 3). Sowohl Eid (Abs. 4) wie auch Gelübde (Abs. 5) verpflichten u.a. zur *Beachtung der Verfassung und der Gesetze*. Die Handlungsmaximen der gegenüber der Gesamtbevölkerung in der Verantwortung stehenden politischen Entscheidungsbehörden – hier meist der Bundesrat – und der Taskforce sind somit unterschiedlich. Insoweit ist es vom Rahmenmandat der Taskforce wohl nicht gedeckt, wenn die Taskforce dem Bundesrat proaktiv medienwirksam Grundrechtseinschränkungen in Form von (wie auch immer gearteten) «Shut- oder Lockdowns» empfiehlt und so die Position des Bundesrates bei anstehenden Entscheidungen über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie möglicherweise schwächt. Umgekehrt darf der Bundesrat der Taskforce selbstredend keine politischen Vorgaben zur wissenschaftlichen Arbeit machen.

---

<sup>19</sup> SRF, [Hippokratischer Eid angepasst - Spielt das Ärztgelöbnis überhaupt noch eine Rolle?](#), 25. Oktober 2017.

<sup>20</sup> Hôpital fribourgois/Freiburger Spital (HFR), [Rund zwanzig Ärzte legen den «Schweizer Eid» ab](#), 9. Oktober 2019.

<sup>21</sup> Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 2002 (Stand am 11. Dezember 2020), SR 171.10.

<sup>22</sup> Dazu eingehend DIEGO HÄTTENSCHWILER, Art. 3, in: Graf/Theiler/Von Wyss (Hrsg.), [Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung](#), Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Basel 2014, N 7.

### III. Fazit

Ausserparlamentarische Kommissionen unterstehen einem *transparenten bundesrechtlichen Regelwerk*. Sie *ergänzen als Milizorgane die Bundesverwaltung* in bestimmten Bereichen, in denen ihr die *speziellen Kenntnisse fehlen*. Sie sind zudem ein *Instrument einer partizipativen Demokratie* und verfügen über eine *lange Tradition*. Ausserparlamentarische Kommissionen sind aber nicht dazu berufen, *Aufgaben der politischen Willensbildung* wahrzunehmen und haben entsprechend *defensiv öffentlich zu kommunizieren*.

Die vorhandene EKP, welche als ausserparlamentarische Kommission die Bundesverwaltung in der Vorbereitung auf Pandemien, die durch *Influenza- oder andere respiratorische Virentypen* verursacht sind, berät, wurde vom BAG allerdings *nicht eingesetzt*.

Die Taskforce ist keine offizielle ausserparlamentarische Kommission, doch gelten für ihre Kommunikation in politisch sensiblen Bereichen gemäss ihrem Rahmenmandat *materiell ähnlich restriktive Regeln* wie für die ausserparlamentarischen Kommissionen.

Die (unerlässlichen) Fachexpertinnen und Fachexperten der Taskforce sind primär ihrem *jeweiligen wissenschaftlichen Fachgebiet* verpflichtet. Der Bundesrat muss bei seinen Entscheidungen hingegen das *gesellschaftliche Gesamtwohl* im Auge behalten und ist daher an *übergeordnete und umfassendere Vorgaben der Verfassung und des Gesetzes* gebunden.

Es dürfte dabei vom Rahmenmandat der Taskforce *nicht gedeckt sein*, wenn diese dem Bundesrat *proaktiv einschränkende Massnahmen* empfiehlt und so dessen Position bei anstehenden Entscheidungen *schwächt*.

# Einzelne Coronamassnahmen



# Maskenpflicht

## «Maskenpflicht» im öffentlichen Verkehr\*

### **Kurzbetrachtung zum Verhältnis von wissenschaftlicher Evidenz und Corona-Massnahmen, am Beispiel der ab 6. Juli 2020 geltenden «Maskenpflicht» im öffentlichen Verkehr**

*Der Bundesrat hat mit Wirkung ab 6. Juli 2020 eine Gesichtsmaskenpflicht im öffentlichen Verkehr eingeführt. Der Autor ordnet diese Gesichtsmaskenpflicht unter Berücksichtigung der neuesten wissenschaftlichen Evidenz rechtlich und in sozial-praktischer Hinsicht ein.*

#### I. Einstieg

Der Autor hat sich bereits im Jusletter-Beitrag vom 14. April 2020 [«Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes»](#) sowie im Jusletter Coronavirus-Blog vom 5. Mai 2020 [«Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes zum Zweiten – Ein Update zum Jusletter-Beitrag vom 14. April 2020 <Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes>»](#) geäussert. Aus dem aktuellen Anlass der Einführung der «Maskenpflicht» folgt nun ein weiteres «Update» (Stand: 6. Juli 2020).

#### II. Gesichtsmaskenpflicht ab 6. Juli 2020

Am 1. Juli 2020 hat der Bundesrat die Einführung einer Gesichtsmaskenpflicht für Reisende in Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs mit Wirkung ab 6. Juli 2020 kommuniziert.<sup>1</sup> Konkret müssen ab dem 6. Juli 2020 nach dem neuen Art. 3a «Reisende im öffentlichen Verkehr» der Covid-19-Verordnung besondere Lage<sup>2</sup> Reisende in Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs wie Zügen, Strassenbahnen, Bussen, Schiffen und Seilbahnen eine Gesichtsmaske tragen

---

\* Erschienen in: Jusletter, Coronavirus-Blog vom 9. Juli 2020.

<sup>1</sup> Bundesrat, Medienkonferenz vom 1. Juli 2020, <[https://www.youtube.com/watch?v=BkAy-eWznYB0&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?v=BkAy-eWznYB0&feature=emb_logo)> (alle Websites zuletzt besucht am 8. Juli 2020).

<sup>2</sup> Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage) vom 19. Juni 2020 (Stand am 6. Juli 2020), SR 818.101.26; AS 2020 2213 <<https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2020/2735.pdf>>.

(Abs. 1).<sup>3</sup> Davon ausgenommen sind Kinder vor ihrem 12. Geburtstag (Abs. 1 Bst. a) und Personen, die aus besonderen Gründen, insbesondere medizinischen, keine Gesichtsmasken tragen können (Abs. 1 Bst. b).

Der Bundesrat nennt für die Regelung die folgenden Hauptmotive: «Mit der Maske schützen wir uns selber und unsere Mitmenschen».<sup>4</sup> Man habe *keine Zahlen*, die zeigten, dass es im öffentlichen Verkehr zu Ansteckungen gekommen sei. In einem Drittel der Fälle kenne man trotz «Contact Tracing» die *Infektionsquellen nicht*. Im öffentlichen Verkehr könne man aber *nicht alle Beteiligten ermitteln* und der *Abstand* könne dort nicht eingehalten werden.<sup>5</sup> Die Maskenpflicht sei eine *Präventionsmassnahme* und nicht beschlossen worden aufgrund eines *spezifischen Gefahrenherds*. Bei anderen spezifischen Gefahrenherden – wie einem Club – gebe es *Sicherheitskonzepte*.<sup>6</sup> Man lerne ständig neu dazu. Jetzt, da das Leben wieder *einigermassen normal* verlaufe, sei es wichtig, die Maskenpflicht einzuführen.<sup>7</sup> Es gebe weiterhin nur einen *sehr kleinen Anteil* von *positiven Tests*. Über die letzten sieben Tage betrage dieser Wert 1 Prozent. Es seien vor allem die in den Medien *bekanntesten lokalen Ausbrüche*, die zu diesen Fallzahlen beitrügen: «Man muss die Relationen sehen» – es gelte, den Trend zu beobachten.<sup>8</sup>

---

<sup>3</sup> «Als Gesichtsmasken im Sinne dieser Bestimmung gelten Atemschutzmasken, Hygienemasken sowie auch Textilmasken, die eine hinreichende, Dritte schützende Wirkung haben. Primär werden zertifizierte bzw. konforme Masken empfohlen. Textilmasken, welche die Empfehlungen der Swiss National Covid-19 Science Task Force erfüllen, sind gegenüber andern Textilmasken, speziell Eigenanfertigungen, zu favorisieren. Schals oder andere unspezifische Textilien sind keine Gesichtsmasken» (Bundesamt für Gesundheit [BAG], Erläuterungen zur Verordnung vom 19. Juni 2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26], Version vom 3. Juli 2020 [inkl. Erläuterungen zu Art. 3a, der am 6. Juli in Kraft tritt], S. 3 <[https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/erlaeuterungen-besondere-lage.pdf.download.pdf/Erlaeuterungen\\_Covid-19-Verordnung\\_besondere\\_Lage.pdf](https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/erlaeuterungen-besondere-lage.pdf.download.pdf/Erlaeuterungen_Covid-19-Verordnung_besondere_Lage.pdf)>).

<sup>4</sup> Bundesrat (Fn. 1), Votum SIMONETTA SOMMARUGA, 2m52s–56s; vgl. auch Votum ALAIN BERSET, 48m22s–48m31s.

<sup>5</sup> Bundesrat (Fn. 1), Votum BERSET, 50m24s–51m25s.

<sup>6</sup> Bundesrat (Fn. 1), Votum SOMMARUGA, 51m47s–53m09s.

<sup>7</sup> Bundesrat (Fn. 1), Votum BERSET, 48m12s–48m44s.

<sup>8</sup> Bundesrat (Fn. 1), Votum STEFAN KUSTER, Leiter Abteilung Übertragbare Krankheiten im BAG, 1h19m30s–1h20m26s.

### III. Evidenzlage zur Gesichtsmaskenpflicht

#### 1. Stand der wissenschaftlichen Evidenz

Die «Swiss National Covid-19 Science Task Force» fasst die *gegenwärtige Evidenzlage* im Wesentlichen wie folgt zusammen: Im Vergleich zu den frühen Phasen der Pandemie in der Schweiz (Anfang März) habe sich die Situation in *drei Schlüsselbereichen* entwickelt: (1) Zusätzliche wissenschaftliche Evidenz unterstütze den *Gemeingebrauch von Gesichtsmasken*, sowohl als *Quellenkontrollmassnahme* als auch für den *persönlichen Schutz*. (2) Es gebe jetzt einen breiten wissenschaftlichen Konsens darüber, dass die öffentliche Verwendung von Gesichtsmasken die *Verbreitung von SARS-CoV-2 reduziere*. (3) Auf der Grundlage neuer Erkenntnisse und des aktuellen wissenschaftlichen Konsenses hätten *prominente Gesundheitsinstitutionen* einschliesslich der WHO und der «Centers for Disease Control and Prevention» (CDC)<sup>9</sup> ihre *Empfehlungen in Bezug auf Gesichtsmasken geändert*.

Im Einklang mit ihrer früheren Empfehlung vom April bekräftigt die Taskforce ihre *Empfehlung zugunsten eines allgemeinen Maskentragens* in Umgebungen, in denen der physische Abstand nicht zuverlässig und beständig erreicht werden kann, insbesondere, wenn die Rückverfolgbarkeit nicht sichergestellt ist, wie zum Beispiel und *mit höchster Priorität* im öffentlichen Verkehr. In *bestimmten Situationen* «könnte es zum jetzigen Zeitpunkt die richtige Entscheidung sein, das Tragen von Masken für *obligatorisch zu erklären*.»<sup>10</sup>

#### 2. Bedeutung für die Einführung der Gesichtsmaskenpflicht

Bei genauerer Gesamtbetrachtung *relativiert* sich jedoch die Bedeutung der eben dargelegten Evidenz für die Einführung der Gesichtsmaskenpflicht im öffentlichen Verkehr.

Der Nachweis des Virustyps «Coronavirus-Typ SARS-CoV-2» erfolgte im Januar 2020.<sup>11</sup> Aus Sicht des interessierten Laien erstaunt es, dass es rund ein halbes Jahr dauerte, bis die Schutzwirkung der üblichen, schon lange bei

---

<sup>9</sup> Die «Centers for Disease Control and Prevention» sind eine Behörde des US-amerikanischen Gesundheitsministeriums mit Sitz in Druid Hills <<https://www.cdc.gov>>.

<sup>10</sup> Swiss National Covid-19 Science Task Force (Taskforce), Benefits of wearing masks in community settings where social distancing cannot be reliably achieved, Policy Brief vom 1. Juli 2020, S. 1 <<https://ncs-tf.ch/de/policy-briefs/benefits-of-mask-wearing-1-july-2020-en/download>>.

<sup>11</sup> Pschyrembel Online, Covid-19-Infektion <<https://www.pschyrembel.de/COVID-19-Pandemie/A0TJ7/doc>>.

verschiedenen anderen Infektionskrankheiten (z.B. Grippe) offenbar erfolgreich eingesetzten Masken bei Covid-19 mit hinreichender Zuverlässigkeit bestimmt werden kann. Zudem mussten, soweit ersichtlich, im Zusammenhang mit Covid-19 im Hinblick auf die Gesichtsmaskenpflicht für die breite Bevölkerung international keine *neuen Spezialtypen von Schutzmasken* entwickelt werden. Vielmehr sind laut der Empfehlung des Bundes *verschiedene herkömmliche Maskentypen* verwendbar.<sup>12</sup>

Des Weiteren räumt die WHO ein, dass gegenwärtig trotz *zunehmend besserer Datenlage* (Studien zur Bewertung der prä- und asymptomatischen Übertragung, wachsendes Kompendium von Beobachtungsdaten über die Verwendung von Masken durch die breite Öffentlichkeit in mehreren Ländern, individuelle Werte und Vorlieben, Schwierigkeit der physischen Distanzierung in vielen Kontexten) die weit verbreitete Verwendung von Masken durch *gesunde Menschen in der Gemeinschaft* noch nicht durch *hochwertige oder direkte wissenschaftliche Erkenntnisse* gestützt werde und der *potenzielle Nutzen* und der *potenzielle Schaden* zu berücksichtigen seien.<sup>13</sup>

Hier gilt auch die «Macht des Faktischen»: Mit der Änderung ihrer Empfehlungen zum Maskentragen haben die WHO und die CDC als *gewichtige Akteure* Tatsachen geschaffen, welche die Regierungen auf der ganzen Welt ganz einfach in einen gewissen *Zugzwang* bringen.

Soziologen und Gesundheitsforscher haben die Debatte über Gesichtsmasken mit der *Debatte über Kondome in der Frühphase der AIDS-Epidemie* verglichen. Damals war gerade bekannt geworden, dass das humane Immundefizienz-Virus (HIV) asymptomatisch übertragen werden kann. Seinerzeit haben die *medizinische Fachwelt* und die *Behörden des öffentlichen Gesundheitswesens* die Verwendung von Kondomen *empfohlen*, obwohl es damals keine *wissenschaftlichen Beweise* für den Nutzen von Kondomen gab und trotz des *unvollkommenen Schutzes*, den sie bieten.<sup>14</sup> Der Vergleich mit der seinerzeitigen AIDS-Epidemie weist aber *gewisse Mängel* auf: Zu Beginn war AIDS – im Gegensatz zu Covid-19 –<sup>15</sup> leider praktisch immer eine tödliche Krankheit. Dass bestimmte Kunststoffe (Kondom) Krankheitserreger in der Regel besser zurückhalten als

---

<sup>12</sup> Fn. 3 vorne.

<sup>13</sup> Taskforce (Fn. 10), S. 5.

<sup>14</sup> Taskforce (Fn. 10), S. 4.

<sup>15</sup> «Typisch sind grippeähnliche Symptome (Fieber, trockener Husten, bis 85 %), seltener schwere Verläufe mit Atemnot (bis 15 %) bis hin zum beatmungspflichtigen Lungenversagen (bis 6 %). Die Sterblichkeit beträgt 0,25 bis 3 %, abhängig von der Qualität der medizinischen Versorgung» (Psyhyrembel Online, Covid-19-Infektion <<https://www.psyhyrembel.de/COVID-19-Pandemie/A0TJ7/doc>>).

durchlässigere Stoffe (Gesichtsmasken), leuchtet ohne Weiteres ein. Zudem haben die in sehr intimen Situationen verwendeten Kondome keine *öffentlich wahrnehmbaren sozialen Auswirkungen* wie Gesichtsmasken. Darauf wird zurückzukommen sein ([Ziffer V](#), hinten).

Dass die Maskenfrage erst jetzt geklärt ist, hat auch ganz praktische Gründe: «Es hatte sicher auch damit zu tun, dass es am Anfang schlichtweg nicht genug Masken gab.»<sup>16</sup> In den letzten Monaten hat der Bund jedoch u.a. über 300 Millionen Schutzmasken gekauft.<sup>17</sup>

Die Maskenpflicht hat auch eine *gewichtige politische Bedeutung* für die Bewältigung der Covid-19-Pandemie. Denn «die Sorglosigkeit könnte sich rächen».<sup>18</sup> Tatsächlich sind in den letzten Wochen auf nationaler wie auch auf regionaler Ebene «stark beunruhigende Tendenzen» aufgetreten (Zunahme der bestätigten Fälle, Zunahme der Spitaleinweisungen, hohe effektive Reproduktionszahlen).<sup>19</sup> Daher muss der Bevölkerung – aus Sicht der Regierung – der *Ernst der Lage* bewusst bleiben. Dies kann auch durch behördlich vorgeschriebene *öffentlich sichtbare Äusserlichkeiten* erreicht werden. Von Masken geht nämlich «auch ein Signal aus – eine Maske macht uns bewusst, dass wir eben noch nicht ganz in der Normalität zurück sind.»<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> So MARCEL SALATHÉ, Mitglied der «Swiss National Covid-19 Science Task Force» im Schweizer Radio und Fernsehen (SRF) am 2. Juli 2020, «Zug und Tram sind nicht genug» <<https://www.srf.ch/news/schweiz/zug-und-tram-sind-nicht-genug-braucht-es-eine-generelle-maskenpflicht-marcel-salathe>>.

<sup>17</sup> «Aargauer Zeitung» vom 5. Juli 2020, «Schweiz hamstert Beatmungsgeräte und Masken» <<https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/verspielen-wir-den-lockdown-chume-noed-druus-ueli-maurer-verzichtet-auf-corona-app-137362395>>.

<sup>18</sup> «Aargauer Zeitung» vom 16. Juni 2020, «Bundesrat Berset warnt: «Die Sorglosigkeit könnte sich rächen»» <<https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/bundesrat-beret-warnt-die-sorglosigkeit-koennte-sich-raechen-138162244>>.

<sup>19</sup> Taskforce (Fn. 10), National Covid-19 Science Task Force alarmiert über den rapiden Anstieg der Zahl der SARS-CoV-2-Infektionen in der Schweiz, Policy Brief vom S.1 (National Covid-19 Science Task Force alarmiert über Anstieg der SARS-CoV-2-Infektionen (03 July 20 -GE). Allerdings bestehen gegenwärtig offenbar *deutliche Überkapazitäten* bei den Beatmungsgeräten (Näheres in der «Aargauer Zeitung» [Fn. 17]).

<sup>20</sup> So MONIKA BÜTLER, Mitglied der «Swiss National Covid-19 Science Task Force», im «Blick» vom 4. Juli 2020, «Starökonomin Monika Bütler im grossen Covid-19-Interview» <[https://www.blick.ch/news/wirtschaft/staroekonomin-monika-buetler-59-im-grossen-corona-interview-ich-sehe-eine-mitverantwortung-der-behoerden-id15968404.html?utm\\_medium=social&utm\\_campaign=share-button&utm\\_source=twitter](https://www.blick.ch/news/wirtschaft/staroekonomin-monika-buetler-59-im-grossen-corona-interview-ich-sehe-eine-mitverantwortung-der-behoerden-id15968404.html?utm_medium=social&utm_campaign=share-button&utm_source=twitter)>. Auch der sattsam bekannte (tatsächliche oder vermeintliche) Mangel an Toilettenpapier ist für viele Menschen ein Signal für eine «nicht normale» Lage.

Somit ist die Gesichtsmaskenpflicht auch eine *regierungspsychologisch motivierte Massnahme*, um die Bevölkerung zu *disziplinieren*. Der vom Bundesrat festgesetzte Beginn der Gesichtsmaskenpflicht im öffentlichen Verkehr am 6. Juli 2020 hinterlässt einen etwas *zweispältigen Eindruck*. Er ist aber letztlich nachvollziehbar. Er fällt in eine Zeit, in welcher zwar aufgrund der Sommerferien *tendenziell weniger beruflicher Pendelverkehr* zu erwarten, allerdings aufgrund der *allgemeinen Ferienstimmung* mit einem Nachlassen der flächendeckenden Einhaltung der Hygiene- und Verhaltensregeln des BAG<sup>21</sup> zu rechnen ist.

#### IV. Soziale Kontrolle zur Durchsetzung der Gesichtsmaskenpflicht

Die SBB setzen bei der Durchsetzung der Gesichtsmaskenpflicht abgesehen von der Kontrolle durch das Personal auf Akzeptanz, aber auch auf soziale Kontrolle. Reisende ohne Masken werden demnach «von den Mitreisenden in erster Linie einmal kontrolliert».<sup>22</sup>

Die «soziale Kontrolle» ist allerdings ein *zweischneidiges Schwert*. Einerseits ist sie aufgrund des überaus menschlichen «Herdentriebs» ein probates Mittel, um das Verhalten in eine von den jeweiligen «Alpha-Tieren» gewünschten Weise – hier zum Tragen von Gesichtsmasken – zu beeinflussen. Andererseits kann – ganz allgemein betrachtet – eine länger dauernde «soziale Kontrolle» in einer ausserordentlichen Lebenssituation im Extremfall zu einer ungunstigen *allgemeinen Denunziationsneigung* führen. Die «soziale Kontrolle» erfolgt nämlich im Zusammenhang mit dem Tragen von Gesichtsmasken nicht im Rahmen eines Modetrends, dem man um «dazuzugehören» folgt oder nicht. Es geht auch nicht um die Durchsetzung elementarer Anstandsregeln in einer Gesellschaft u.a. mittels «sozialer Kontrolle», beispielweise die Verhinderung von öffentlichem Littering. Vielmehr handelt es sich bei der Gesichtsmaskenpflicht um eine *staatlich verordnete Massnahme* in einer *Krisenzeit*. In einer Krisenzeit ist die *Alarmbereitschaft* der Menschen dauernd erhöht. Dementsprechend ändert sich insbesondere ihr Sozialverhalten. Je länger die Krise dauert, desto eher gewöhnt man sich an die in der Krisenzeit verlangten Verhaltensweisen

---

<sup>21</sup> BAG, Neues Coronavirus: So schützen wir uns <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/so-schuetzen-wir-uns.html>>.

<sup>22</sup> BAG, Point de Presse Coronavirus, 3. Juli 2020, Votum TONI HÄNE, Leiter Personenverkehr SBB, 1h21m21s–1h22m04s <[https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=1&v=HGCx5xeCi6I&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?time_continue=1&v=HGCx5xeCi6I&feature=emb_logo)>.

und das dadurch gegebenenfalls sogar veränderte Menschenbild. Der verhaltensbestimmende gedankliche «Krisenmodus» wird unter Umständen auch in anschliessenden «normale(re)n» Zeiten (zu) lange beibehalten.

## V. Rechtliche Kurzeinordnung der Gesichtsmaskenpflicht

### I. Grundrechtsrelevanz

Wie ist also die in Art. 3a im Abschnitt «Massnahmen gegenüber Personen» der Covid-19-Verordnung besondere Lage statuierte Gesichtsmaskenpflicht rechtlich zu qualifizieren? Durch die Gesichtsmaskenpflicht werden *Grundrechte tangiert*. Gleichzeitig muss der Staat im Pandemiefall «manchmal auch aktiv tätig werden».<sup>23</sup> An dieser Stelle kann lediglich eine stichwortartige, selektive und spezialthemenfokussierte Prüfung der Zulässigkeit von Einschränkungen von Grundrechten nach Art. 36 BV<sup>24</sup> vorgenommen werden.

Welches Grundrecht könnte die Gesichtsmaskenpflicht berühren? Es handelt sich hier nicht um ein Vermummungsverbot, sondern um ein Vermummungsgebot im öffentlichen Verkehr. Das Vermummungsverbot steht meist im Zusammenhang mit dem Schutz der Meinungsäusserungs- und der Versammlungsfreiheit. Neben der Rüge der Verletzung dieser beiden Freiheitsrechte kommt der Berufung auf die persönliche Freiheit *keine selbstständige Bedeutung* zu.<sup>25</sup> Die Gesichtsmaskenpflicht in öffentlichen Verkehr betrifft (in aller Regel) nicht den Schutz der Meinungsäusserungs- und der Versammlungsfreiheit. Sie steht vielmehr im Kontext mit dem «normalen» beruflichen und gesellschaftlichen *Alltagsleben* der Bürgerinnen und Bürger, deren *körperliche Integrität* («Fremdkörper» im Gesicht) sowie deren *Recht auf Bewegung* in dem Sinn, dass der Transport im öffentlichen Verkehr von A nach B nur unter der *Bedingung des Tragens der Gesichtsmaske* zulässig ist.<sup>26</sup> Die (vorgeschriebene)

---

<sup>23</sup> So (und mit einer anschliessenden Gesamteinschätzung der Rechtslage bei der Maskenpflicht) EVELYNE SCHMID, assoziierte Professorin an der Universität Lausanne im SRF am 5. Juli 2020, «Der Staat muss manchmal auch aktiv tätig werden» <<https://www.srf.ch/news/schweiz/maskenpflicht-und-grundrechte-der-staat-muss-manchmal-auch-aktiv-taetig-werden>>.

<sup>24</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand am 1. Januar 2020), SR 101.

<sup>25</sup> BGE 117 Ia 472 E. 4a.

<sup>26</sup> Art. 10 Abs. 2 BV.

starke Veränderung der Erscheinung einer Person fällt grundsätzlich in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit.<sup>27</sup> Die Gesichtsmaskenpflicht ist somit vom Geltungsbereich der persönlichen Freiheit erfasst.

Wie intensiv greift die Gesichtsmaskenpflicht in die persönliche Freiheit ein? Mögliche Indikatoren hierfür sind die *Persönlichkeitsnähe*, die *Art und Dauer* der Beeinträchtigung und die *Auswirkungen* auf den Lebensalltag der Betroffenen.<sup>28</sup>

Die Gesichtsmaskenpflicht gilt nicht nur für Medizinalpersonal, welches sich den Umgang mit Hygienemasken ohnehin *gewöhnt ist*. Vielmehr trifft sie die (bisher) tendenziell «maskenunkundige» Gesamtbevölkerung in einer bestimmten Alltagssituation (öffentlicher Verkehr).

Die Gesichtsmaske bedeckt einen grossen Teil des Gesichts und verändert das *optische Erscheinungsbild* erheblich. Durch den Wegfall der Mimik wird der Mensch während des Tragens der Gesichtsmaske ein Stück weit *entpersonalisiert*. Gerade im Sommer kann eine Gesichtsmaske im öffentlichen Verkehr zu unangenehmem Schwitzen im Gesicht führen. Allerdings ist die Dauer des Tragens der Gesichtsmaske im alltäglichen öffentlichen Verkehr (ausser bei langen Reisen) in der Regel überschaubar.

Die Gesichtsmaske lässt sich überdies schnell auf- und absetzen, ohne dass sich das Gesicht anatomisch verändert. Es braucht daher nach der Verwendung der Gesichtsmaske auch nicht Tage bis Wochen, um den optischen «Ausgangszustand» wiederherzustellen. Dies wäre etwa bei einer «Zwangsrasur» der Fall. Selbst eine solche stellt (zumindest im Zusammenhang mit einer Konfrontation des Beschuldigten mit Zeugen eines ihm vorgeworfenen schweren Verbrechens) keinen besonders schweren Eingriff in die körperliche Integrität dar.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl. BGE 112 Ia 161 E. 3 am Beispiel der (zwangsweisen) Entfernung des Bartes. «Die Entfernung des Bartes kann die Erscheinung einer Person stark verändern» (E. 3b).

<sup>28</sup> So REGINA KIENER/WALTER KÄLIN/JUDITH WYTTENBACH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 95.

<sup>29</sup> «Zwangsrasur. Die Anordnung der Bartrasur zwecks Konfrontation des Beschuldigten mit Zeugen eines ihm vorgeworfenen schweren Verbrechens stellt keinen besonders schweren Eingriff in die körperliche Integrität dar (E. 3), verfügt unter dem Gesichtspunkt der Willkür in den §§ 145 und 146 StPO/ZH über eine hinreichende gesetzliche Grundlage (E. 4a), ist angesichts des dringenden Tatverdachts verhältnismässig (E. 4b) und hält mithin vor dem ungeschriebenen Grundrecht der persönlichen Freiheit stand (E. 4c).» (BGE 112 Ia 161 Reste).

Schliesslich reduziert die Pflicht, im öffentlichen Verkehr eine Gesichtsmaske zu tragen, lediglich den Reisekomfort ein wenig. Die Transportmöglichkeit und die Bewegungsfreiheit *an sich* stellt sie in keiner Weise infrage.

Die Gesichtsmaskenpflicht bedeutet daher nur einen *leichten Eingriff* in die persönliche Freiheit.

## 2. Gesetzliche Grundlage

Wie steht es aber um die gesetzliche Grundlage der Gesichtsmaskenpflicht?

Die Covid-19-Verordnung besondere Lage (SR 818.101.26) stützt sich auf Art. 6 Abs. 2 Bst. a und b EpG.<sup>30</sup> Der Bundesrat kann die in Abs. 2 aufgeführten Massnahmen anordnen. Dabei *beschränkt sich sein Handlungsspielraum* auf die in den Art. 31–38 sowie 40 EpG festgelegten Massnahmen.<sup>31</sup>

Art. 31 EpG regelt die «Anordnung der Massnahmen», Art. 32 EpG die «Durchsetzung der Massnahmen». Offenkundig handelt es sich *nicht* um die «Identifizierung und Benachrichtigung» (Art. 33 EpG), um die «Medizinische Überwachung» (Art. 34 EpG), um die «Quarantäne und Absonderung» (Art. 35 EpG), um die «Ärztliche Untersuchung» (Art. 36 EpG), um die «Ärztliche Behandlung» (Art. 37 EpG), um die «Einschränkung bestimmter Tätigkeiten und der Berufsausübung» (Art. 38 EpG) und auch nicht um die «Aufgaben der Ärztinnen und Ärzte» (Art. 39 EpG).

---

<sup>30</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG), vom 28. September 2012 (Stand am 25. Juni 2020), SR 818.101.

<sup>31</sup> BBl 2011 365 <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2011/311.pdf>>. Diese bundesrätliche Intention gab in den Räten zu keiner Diskussion Anlass. Bei Art. 6 EpG drehte sich die Kontroverse primär um den möglichen «Impfzwang» (AB 2012 N 314–318 <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=25285>>; AB 2012 S 390–391 <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=20415>>; AB 2012 N 1282 <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=20476>>). Die Räte schlossen sich ebenso den bundesrätlichen Vorschlägen zu den Art. 31–38 sowie 40 EpG diskussionslos an (AB 2012 N 320 <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=25285>>, betreffend Art. 23–73 EpG; AB 2012 S 392 <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=20415>>, betreffend Art. 23–52 EpG).

Einschlägig scheint vielmehr Art. 40 EpG<sup>32</sup> zu sein. Art. 40 EpG enthält verschiedene Massnahmen, die eine Verminderung enger Kontakte zwischen Personen bezwecken oder eine *Exposition in einer bestimmten Umgebung* verhindern sollen. Ziel ist es, die Wahrscheinlichkeit zu senken, dass Individuen einem Erreger ausgesetzt und dadurch möglicherweise infiziert werden. Diese Massnahmen sind auf die *kollektive Ebene* ausgerichtet (Social Distancing) und betreffen vor allem Veranstaltungen, Schulen und Unternehmen, da Menschenansammlungen für die Ausbreitung bestimmter Krankheiten (z. B. Grippe oder Masern) besonders förderlich sind.<sup>33</sup> Nach Art. 40 Abs. 2 Bst. b EpG können Schulen, andere öffentliche Institutionen und private Unternehmen geschlossen oder können gegenüber diesen Vorschriften zum Betrieb verfügt werden.

Öffentliche Verkehrsbetriebe sind (obwohl in Art. 40 EpG und in den zugehörigen Materialien nicht explizit erwähnt) als öffentliche Institution im Sinne von Art. 40 Abs. 2 Bst. b EpG zu qualifizieren. Einerseits gelten nach Art. 3a Abs. 2 der Covid-19-Verordnung besondere Lage für die Definition der Fahrzeuge des öffentlichen Verkehrs nach Abs. 1 «Fahrzeuge von Unternehmen mit einer Konzession nach Art. 6 oder einer Bewilligung nach Art. 8 des Personenbeförderungsgesetzes vom 20. März 2009». Davon ausgenommen sind Skilifte und Sesselbahnen; für diese gelten die Massnahmen, die der Betreiber im Schutzkonzept festlegt.<sup>34</sup> Andererseits trifft Unternehmen im Eisenbahn-, Bus-, Schiffs- oder Flugverkehr im Zusammenhang mit der «Bekämpfung von Organismen» (Art. 47 EpG) eine gesetzliche Mitwirkungspflicht. Sowohl Art. 3a Abs. 2 der Covid-19-Verordnung besondere Lage wie auch Art. 47 EpG unterstreichen die *zumindest partiell wichtige Rolle öffentlicher Verkehrsbetriebe* bei einer Seuchenbekämpfung.

---

<sup>32</sup> «<sup>1</sup> Die zuständigen kantonalen Behörden ordnen Massnahmen an, um die Verbreitung übertragbarer Krankheiten in der Bevölkerung oder in bestimmten Personengruppen zu verhindern. Sie koordinieren ihre Massnahmen untereinander. <sup>2</sup> Sie können insbesondere folgende Massnahmen treffen: a. Veranstaltungen verbieten oder einschränken; b. Schulen, andere öffentliche Institutionen und private Unternehmen schliessen oder Vorschriften zum Betrieb verfügen; c. das Betreten und Verlassen bestimmter Gebäude und Gebiete sowie bestimmte Aktivitäten an definierten Orten verbieten oder einschränken. <sup>3</sup> Die Massnahmen dürfen nur so lange dauern, wie es notwendig ist, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern. Sie sind regelmässig zu überprüfen.»

<sup>33</sup> BBl 2011 392 <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2011/311.pdf>>.

<sup>34</sup> Bundesgesetz über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG) vom 20. März 2009 (Stand am 1. Juli 2020), SR 745.1.

Zu den «Vorschriften zum Betrieb» nach Art. 40 Abs. 2 Bst. b EpG zählen z. B. Hygienemassnahmen.<sup>35</sup>

Offenkundig ist auch die Verwendung von *Schutzmaterial* (wie Masken, Brillen, Überschürzen, Handschuhen) eine Hygienemassnahme.<sup>36</sup>

Der Bundesrat stellt nach Art. 44 Abs. 1 EpG die Versorgung der Bevölkerung mit den wichtigsten zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten geeigneten Heilmitteln sicher, soweit er sie nicht durch Massnahmen nach dem Landesversorgungsgesetz vom 8. Oktober 1982<sup>37</sup> gewährleisten kann. Zu den wichtigsten Medizinprodukten gehören u.a. auch *Schutzmasken*.<sup>38</sup>

Die (angeordnete) Verwendung von Gesichtsmasken bei der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie steht somit offensichtlich im *Sinn und Geist des EpG*. Da es sich bei der Gesichtsmaskenpflicht um einen leichten Eingriff in die persönliche Freiheit handelt, genügt Art. 3a Covid-19-Verordnung besondere Lage als rechtliche Grundlage. Die Gesichtsmaskenpflicht muss nicht im EpG selbst vorgesehen sein.<sup>39</sup> Die Gesichtsmaskenpflicht steht als Massnahme zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie überdies klarerweise *im öffentlichen Interesse*.

### 3. Verhältnismässigkeit

Ist die Gesichtsmaskenpflicht *verhältnismässig*? Generell kann u.a. eine Gesichtsmaskenpflicht gegenüber anderen Massnahmen, z.B. einer vollständigen Ausgangssperre oder zeitlich lange andauernden, strengen Versammlungseinschränkungen und Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit, eine mildere

---

<sup>35</sup> BBl 2011 392 <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2011/311.pdf>>.

<sup>36</sup> BAG, Neues Coronavirus: Schutzkonzepte und -massnahmen <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/information-fuer-die-aerzteschaft/schutzmassnahmen.html>>.

<sup>37</sup> Bundesgesetz über die wirtschaftliche Landesversorgung (Landesversorgungsgesetz, LVG), SR 531 vom 17. Juni 2016 (Stand am 1. Januar 2020).

<sup>38</sup> BBl 2011 396 <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2011/311.pdf>>.

<sup>39</sup> Art. 36 Abs. 1 BV. Anders verhält es sich beispielsweise bei obligatorisch erklärten Impfungen nach Art. 6 Abs. 2 Bst. d EpG.

Massnahme darstellen.<sup>40</sup> Zumindest eine gewisse zusätzliche Evidenz für die Schutzwirkung von Gesichtsmasken bei der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie ist seit Kurzem vorhanden ([Ziffer III.1](#) vorne). Der Gesichtsmaske kann daher als in gewisser Weise wohl *wirksames*, jedoch *mildes* Mittel zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie einstweilen eine «Chance» gegeben werden.

Art. 3a Covid-19-Verordnung besondere Lage sieht *Ausnahmen* von der Gesichtsmaskenpflicht für *bestimmte Personengruppen* vor. Daher werden besonders verletzbare Personen durch die Gesichtsmaskenpflicht gar nicht erst beeinträchtigt.

Die Verhältnismässigkeit müsste bei einer *Ausdehnung* der Gesichtsmaskenpflicht neu geprüft werden. Bei einer *Ausweitung der Maskenpflicht* z.B. auf Geschäfte wären auch *negative wirtschaftliche Aspekte* zu berücksichtigen. Die Leute verweilen mit Gesichtsmaskenpflicht tendenziell kürzer im Laden und kaufen im Ergebnis weniger ein.<sup>41</sup> Auch das Risiko, sich mit Covid-19 anzustecken, ist im öffentlichen Verkehr und in Geschäften wohl unterschiedlich hoch. Im öffentlichen Verkehr kann aufgrund der fixen Position eines Reisenden (z.B. auf dem Sitzplatz) der Kontakt zur räumlich nächsten Person (zumindest bei hinreichender Belegung des öffentlichen Verkehrsmittels) je nach Fahrdauer über längere Zeit anhalten. «Wenn die Distanz von 1,5 Metern während mehr als 15 Minuten nicht eingehalten werden kann, besteht ein erhebliches Ansteckungsrisiko.»<sup>42</sup> aufgrund der Zirkulation der Kundinnen und Kunden in einem Geschäft wird vermutlich (selbst in Stosszeiten) der Kontakt

---

<sup>40</sup> VOKINGER KERSTIN NOËLLE, Die digitale Bekämpfung von Covid-19 und die Rolle des Bundes(rates), SJZ 116/2020 S. 412–423, S. 420. Das bedingt hinreichende Kenntnis über die Wirkung nichtpharmazeutischer Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie (Vgl. dazu KASPAR GERBER, Jusletter Coronavirus-Blog vom 5. Mai 2020, [«Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes zum Zweiten - Ein Update zum Jusletter-Beitrag vom 14. April 2020 <Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes>»](#), Abschnitt «Ausgewählte aktuelle wissenschaftliche Erkenntnisse zur Covid-19-Pandemie»).

<sup>41</sup> «Welt» vom 6. Juli 2020, «Einkaufen ohne Maske? Diese Frage spaltet das Land» <<https://www.welt.de/wirtschaft/article211072639/Maskenpflicht-Ja-oder-Nein-Diese-Frage-spaltet-das-Land.html>>.

<sup>42</sup> BAG, Coronavirus: Weitgehende Normalisierung und vereinfachte Grundregeln zum Schutz der Bevölkerung <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-79522.html>>.

unter den Menschen innerhalb von 1,5 Metern Radius und während 15 Minuten eher seltener unter- bzw. überschritten. Es gibt denn auch zumindest Hinweise, dass im Detailhandel *kein erhöhtes Covid-19-Risiko* besteht.<sup>43</sup>

Nach dem Gesagten ist die Gesichtsmaskenpflicht nach Art. 3a Covid-19-Verordnung besondere Lage rechtlich *vorläufig* kaum erfolgreich zu beanstanden. Die Rechtskonformität der Gesichtsmaskenpflicht wird hingegen bei *veränderter epidemiologischer Lage* umgehend zu überprüfen sein.

## VI. Präjudiz für die Gesichtsmaskenpflicht während der Grippezeit

Mit der Gesichtsmaskenpflicht bei Covid-19 hat der Bundesrat ein entsprechendes *Präjudiz für die kommende Grippezeit* geschaffen,<sup>44</sup> denn Covid-19 ist, gegenüber den bisher bekannten Infektionskrankheiten, insbesondere der Grippe, ein *zusätzliches Problem* für das Gesundheitswesen. Die Zukunft wird zeigen, inwieweit die Grippe und Covid-19 in problematischem Mass *gleichzeitig* auftreten oder ob sich diese beiden Krankheiten zeitlich «abwechseln».

In der Schweiz führt die Grippe jedes Jahr zu 112 000 bis 275 000 *Arztkonsultationen*. Aufgrund von Krankheitskomplikationen kommt es ausserdem zu *mehreren tausend Hospitalisationen* und zu *mehreren hundert Todesfällen*. Davon betroffen sind vorwiegend Menschen mit einem erhöhten Risiko für Grippekomplikationen (Schwangere, Frühgeborene, ältere Menschen und Menschen mit bestimmten chronischen Erkrankungen).<sup>45</sup> Hygienemasken bieten auch bei der Grippe einen gewissen Schutz. Hygienemasken schützen aber in *erster Linie die Personen im Umfeld des Trägers* und *nicht den Träger selbst*.<sup>46</sup> Es wird von fachkundiger Seite indessen noch zu erläutern sein, warum dieselben Masken bei der Grippe *primär* die Personen im Umfeld des Trägers und *nicht* ebenso den Träger selbst schützen, bei Covid-19 jedoch gleichermassen «uns selber und unsere Mitmenschen» ([Ziffer II](#), vorne).

---

<sup>43</sup> «Handelszeitung» vom 26. April 2020, «Coronavirus: Offenbar kein erhöhtes Risiko im Detailhandel» <<https://www.handelszeitung.ch/unternehmen/coronavirus-offenbar-kein-erhohtes-risiko-im-detailhandel>>.

<sup>44</sup> Das Thema der Grippeimpfung wird an dieser Stelle nicht erörtert.

<sup>45</sup> BAG, Saisonale Grippe (Influenza), Verbreitung und Häufigkeit <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/krankheiten-im-ueberblick/grippe.html>>.

<sup>46</sup> BAG, Grippe-Pandemie: Hygienemasken <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/hygiene-pandemiefall/hygienemasken.html>>.

Konsequenterweise müsste also der Bundesrat nach Massgabe einer Gesamtsicht auf die öffentliche Gesundheit (keine Überlastung des Gesundheitswesens usw.) bei der Grippe gleiche Massstäbe anlegen und *während der Grippe-saison* eine Gesichtsmaskenpflicht im öffentlichen Verkehr zumindest in Erwägung ziehen.

# Covid-19-Verordnung besondere Lage (Maskentragpflicht; Homeoffice-Empfehlung), Änderung vom 18. Oktober 2020 (Inkrafttreten am 19. Oktober 2020)\*

## Gedanken zum möglichen Rechtsweg

Die Covid-19-Pandemie wird voraussichtlich noch einige Zeit dauern. Daher ist es wichtig, dass sich eine möglichst etablierte Praxis zum Rechtsschutz gegen (hier einzig interessierende) bundesrätliche Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie herausbildet. Der Autor macht hierzu anhand der Covid-19-Verordnung besondere Lage (Maskentragpflicht; Homeoffice-Empfehlung), Änderung vom 18. Oktober 2020 (Inkrafttreten am 19. Oktober 2020) (Covid-19-Verordnung besondere Lage [Stand 19. Oktober 2020]) Vorschläge und plädiert für die Bereitschaft, gewisse «juristische Experimente» einzugehen.

### I. Aktuelle Änderung der Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand 19. Oktober 2020)

Der Bundesrat hat an seiner ausserordentlichen Sitzung vom 18. Oktober 2020 die Covid-19-Verordnung besondere Lage<sup>1</sup> geändert: So gilt ab 19. Oktober 2020 für alle öffentlich zugänglichen Innenräume sowie für alle Zugangsbereiche des öffentlichen Verkehrs schweizweit eine *Maskenpflicht*, also zum Beispiel in Restaurants, Geschäften oder Theatern sowie in Bahnhöfen, Flughäfen oder an Bus- und Tramhaltestellen. Zudem sind ab 19. Oktober 2020 *spontane Menschenansammlungen* von mehr als 15 Personen im öffentlichen Raum verboten. Für alle *privaten Veranstaltungen* mit mehr als 15 Personen gilt eine Maskenpflicht. Es darf nur *sitzend konsumiert* werden und die Kontaktdaten aller teilnehmenden Personen müssen erfasst werden. Auch in allen *Restaurants- und Unterhaltungsbetrieben* darf nur noch *sitzend konsumiert* werden.<sup>2</sup>

---

\* Erschienen in: Jusletter, Coronavirus-Blog vom 21. Oktober 2020.

<sup>1</sup> SR 818.101.26.

<sup>2</sup> Bundesrat, Coronavirus: Einschränkungen für private Veranstaltungen, keine öffentlichen Versammlungen von mehr als 15 Personen, ausgeweitete Maskenpflicht und Homeoffice, Medienmitteilung vom 18. Oktober 2020 <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-80771.html>> (alle angegebenen Websites zuletzt besucht am 20. Oktober 2020).

## II. Überlegungen zum Rechtsweg

Was kann eine interessierte Person unternehmen, wenn sie mit dem Regelungsgegenstand der neuen Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand 19. Oktober 2020) nicht einverstanden ist?<sup>3</sup> Im Folgenden wird dazu mit Fokus auf formelle Fragen eine Gedankenskizze präsentiert, auf die, *mutatis mutandis, generell und für künftige bundesrätliche Covid-19-Verordnungen* zurückgegriffen werden könnte.

Verordnungen des Bundesrats als generell-abstrakte Rechtsnormen des Bundes können von den Rechtsanwendungsbehörden im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle nicht überprüft werden.<sup>4</sup> Als Massnahmen im Bereich der inneren und äusseren Sicherheit – z.B. bei Pandemien wie die gegenwärtige Covid-19-Pandemie – sind sie grundsätzlich auch einer akzessorischen Normenkontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht nicht zugänglich. Ausgenommen sind Fälle, in denen das Völkerrecht einen Überprüfungsanspruch einräumt.<sup>5</sup> Diesfalls kann gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK<sup>6</sup> ausnahmsweise ans Bundesverwaltungsgericht und anschliessend, gestützt auf Art. 83 Bst. a BGG<sup>7</sup>, ans Bundesgericht gelangt werden.<sup>8</sup> Zu diesem Zweck ist der betroffenen Person vom zuständigen Departement «durch Erlass einer Verfügung eine Rechtsschutzmöglichkeit» zu eröffnen.<sup>9</sup> Das gilt auch im Zusammenhang mit unselbstständigen sowie direkt in die Rechtsstellung der betroffenen Person

---

<sup>3</sup> Vgl. zum Ganzen KASPAR GERBER, [Rechtsschutz bei Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie](#), in: *sui-generis* 2020, S. 249–264; für eine Übersicht über hängige parlamentarische Vorstösse zur Verbesserung des Rechtsschutzes in ausserordentlichen Lagen siehe Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (SVVOR), Webinar SVVOR 2020, Gewaltenteilung in ausserordentlichen Lagen – mit einem Blick auf die Corona-Krise und in die Zukunft, 2. September 2020, S. 15 <[https://www.weblaw.ch/dam/weblaw\\_ag/ce/webinar/20200902\\_corona9/Webinar\\_Corona-Krise\\_AS.pdf](https://www.weblaw.ch/dam/weblaw_ag/ce/webinar/20200902_corona9/Webinar_Corona-Krise_AS.pdf)>.

<sup>4</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1828/2020 vom 4. Mai 2020 E. 2.3 m.w.H. insbesondere auf das Urteil des Bundesgerichts 2C\_280/2020 vom 15. April 2020 E. 2.

<sup>5</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1828/2020 vom 4. Mai 2020 E. 2.3 m.w.H. SR 0.101.

<sup>6</sup> SR 173.110.

<sup>7</sup> Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 vom 6. Oktober 2014 E. 4.1 m.w.H.

<sup>8</sup> BGE 133 II 450 E. 2.1.

eingreifenden *Verordnungen*<sup>10</sup> und ist – wie sogleich zu vertiefen ist – folglich auf die hier interessierende, gestützt auf Art. 6 Abs. 2 EpG<sup>11</sup> erlassene Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand 19. Oktober 2020) übertragbar.

Doch wie erlangt die interessierte Person das notwendige Anfechtungsobjekt im Einzelfall, das für die akzessorische Normenkontrolle der Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand 19. Oktober 2020) erforderlich ist?

Auch wenn einzelne bundesrätliche Verordnungsbestimmungen *ausnahmsweise individuellen Charakter* haben und deshalb als sogenannte Allgemeinverfügung (selbstständig) als anfechtbar betrachtet würden, käme eine direkte Anfechtung nicht infrage, zumal gegen solche *Allgemeinverfügungen des Bundesrats* eine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ohnehin *unzulässig* wäre (Art. 33 VGG<sup>12</sup> *e contrario*).<sup>13</sup>

Somit ist eine andere Herangehensweise zu wählen: Eingriffe in die durch die EMRK geschützten Rechte erfolgen in der Regel *nicht durch Rechtssätze*, sondern erst durch die gestützt auf diese getroffenen *Verfügungen*. Ausnahmsweise kann eine Person *unmittelbar* von einem Rechtssatz betroffen sein. Dies ist der Fall, wenn das Gesetz den *Behörden kein Ermessen in der Anwendung* belässt und *derart konkret* ist, dass es ohne Weiteres das Verhalten der betroffenen Person bestimmt.<sup>14</sup>

Die bundesrechtlichen Neuerungen in der Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand 19. Oktober 2020) greifen in verschiedener Hinsicht in durch die

---

<sup>10</sup> Die in der Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB) 2007.6 (S. 182–189) <<https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/150000055.pdf?ID=150000055>> und anschliessend in BGE 133 II 450 beurteilte TalibanVR 946.203) wurde vom Bundesrat gestützt auf Art. 2 EmbG (SR 946.231) erlassen. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil C-1828/2020 vom 4. Mai 2020 E. 2.1 «en passant» auch die (in der Lehre umstrittene Frage) in dem Sinn beantwortet, dass Art. 7 EpG deklaratorischer Natur ist und nur auf Gesetzesstufe die verfassungsmässige Kompetenz des Bundesrats wiederholt, in ausserordentlichen Situationen ohne Grundlage in einem Bundesgesetz Polizeinotverordnungsrecht zu erlassen. Gestützt auf Art. 7 EpG ergangene Verordnungen des Bundesrats sind demnach materiell Verordnungen nach Art. 185 Abs. 3 BV.

<sup>11</sup> SR 818.101.

<sup>12</sup> SR 173.32.

<sup>13</sup> Als Allgemeinverfügungen gelten Anordnungen, die nicht individuell-konkret, sondern generell-konkret sind, d.h., zwar einen spezifischen Sachverhalt regeln, aber eine unbestimmte Zahl von Adressaten betreffen (zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1828/2020 vom 4. Mai 2020 E. 2.5 m.w.H.).

<sup>14</sup> VPB 2007.6 E. II 4 m.w.H. <<https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/150000055.pdf?ID=150000055>>; BGE 133 II 450 E. 2.2 m.w.H.

BV und die EMRK geschützte Grundrechte ein. So tangiert die Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand 19. Oktober 2020) etwa die *persönliche Freiheit* (Art. 10 Abs. 2 BV<sup>15</sup>), die *Versammlungsfreiheit* (Art. 22 BV) sowie den *Schutz der Privatsphäre* (Art. 13 BV) der Bürgerinnen und Bürger in verschiedener Hinsicht *unmittelbar*. Dies betrifft *laufend wiederkehrende und kaum vermeidbare Alltagssituationen* (Einkaufen [«Kein Essen kaufen ohne Maske»] usw.), *öffentliche Veranstaltungen*, die *vorgeschriebene Körperhaltung beim Essen und Trinken im Restaurant* (nur im Sitzen) und die *üblichen sozialen Anlässe in den eigenen vier Wänden* (Familianlässe, Kindergeburtstage usw.). Unmittelbar deshalb, weil die geänderte Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand 19. Oktober 2020) den Behörden im bereits erwähnten Sinn *kein Ermessen in der Anwendung* belässt und *derart konkret* ist, dass es ohne Weiteres und insbesondere *ohne Umsetzungsakt* das Verhalten der Bürgerinnen und Bürger bestimmt.

Die Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand 19. Oktober 2020) wirkt sich in den eben beschriebenen *Situationen des üblichen sozialen Lebens* gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern sofort mit (gemäss Ziffer III) Inkrafttreten am 19. Oktober 2020 um 00.00 Uhr *wie eine Allgemeinverfügung* aus. Dies betrifft vor allem die Regelungsgegenstände von Art. 3b («Personen in öffentlich zugänglichen Innenräumen von Einrichtungen und Betrieben sowie in Zugangsbereichen des öffentlichen Verkehrs»), Art. 3c («Verbot von Menschenansammlungen im öffentlichen Raum»), Art. 5a («Konsumation von Speisen und Getränken») und Art. 6 («Besondere Bestimmungen für Veranstaltungen mit höchstens 1 000 Personen»).

Somit muss gemäss geltender Praxis<sup>16</sup> ein (völkerrechtlicher) Anspruch auf eine gerichtliche Beurteilung bestehen. Eine abstrakte Normenkontrolle ist, wie dargelegt, nicht möglich. In solchen Fällen gehen Geschäfte des Bundesrats von Rechts wegen auf das *in der Sache zuständige Departement* über, soweit Verfügungen zu treffen sind, die der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegen (Art. 47 Abs. 6 RVOG<sup>17</sup>). Da das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) gemäss dortiger Kopfzeile für die Redaktion der

---

<sup>15</sup> SR 101.

<sup>16</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat daher in seinem Urteil C-1828/2020 vom 4. Mai 2020 E. 2.3 die Ausnahmen von der grundsätzlichen Nichtanfechtbarkeit, in welchen das Völkerrecht einen Überprüfungsanspruch einräumt, nach der hier vertretenen Auffassung vornehmlich als «vorliegend nicht interessierend» qualifiziert.

<sup>17</sup> SR 172.010.

Erläuterungen zur Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand 19. Oktober 2020) *verantwortlich zeichnet*,<sup>18</sup> ist das EDI für den Erlass der entsprechenden Verfügungen zuständig.

Es kann schliesslich für die Generierung eines Anfechtungsobjektes für die akzessorische Normenkontrolle offensichtlich auch nicht verlangt werden, dass die betroffene Person z.B. die Maskenpflicht *bewusst missachtet* und so einen *rechtswegöffnenden Sanktionsfall* provoziert. Denn auf diese Weise erhalte die betroffene Person nur dann Rechtsschutz, wenn sie sich dem (erheblichen) Risiko aussetzt, sich *strafbar* zu machen.<sup>19</sup>

Man könnte freilich mit gewissem Recht einwenden, die vom EDI verlangte Verfügung wäre im Ergebnis nichts anderes als eine *Feststellung betreffend einen Norminhalt*. Eine entsprechende Verfügung wäre nur bei einem *konkreten Feststellungsinteresse* zu bejahen; also dann, wenn jemand nachweisen kann, dass er *mehr als die Allgemeinheit* an der individuell-konkreten Klärung einer Frage interessiert ist und darum eine behördliche Feststellung braucht. So betrachtet ist nur der «Spezialadressat» legitimiert zur Ergreifung von Rechtsmitteln. Dies gilt unter Umständen etwa für die Anfechtung einer nur lokal bedeutsamen und mittels Allgemeinverfügung beschlossenen Verkehrsordnung. Vorliegend ist der Fall allerdings anders gelagert. Die erörterten Grundrechtseinschränkungen setzen mit Inkrafttreten der jeweils aktuellen Version der Covid-19-Verordnung besondere Lage für alle Rechtsunterworfenen unmittelbar, schweizweit und materiell gleichermassen ein. Die Unterscheidung zwischen Normaladressaten und Spezialadressaten erübrigt sich insoweit. Vom Erfordernis eines aktuellen Rechtsschutzinteresses kann überdies *abgesehen werden*, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen wie-

---

<sup>18</sup> EDI, Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 19. Juni 2020 (SR 818.101.26); Änderung vom 18. Oktober 2020 (Maskenpflicht; private Veranstaltungen; Empfehlungen Homeoffice), Erläuterungen, S. 1  
<<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/63311.pdf>>.

<sup>19</sup> «Kann jemand gebüsst werden, wenn er trotz Maskenpflicht keine Maske trägt? Ja. Verstösse gegen die Maskenpflicht können gestützt auf das Epidemienengesetz mit Busse bis 10 000 Franken bestraft werden. Auch fahrlässige Verstösse sind strafbar und können mit Busse bis 5 000 Franken bestraft werden. Die Strafverfolgung ist Sache der Kantone. Die Beurteilung dieser Straftat erfolgt durch die zuständigen kantonalen Behörden (Übertretungsstrafbehörde oder Staatsanwaltschaft). Ein Ladenbesitzer kann selber entscheiden, ob er Anzeige erstatten will; die Polizei hat eine Anzeigepflicht, wenn er bzw. sie mutmassliche Verstösse gegen die Maskentragpflicht feststellen» (Bundesamt für Gesundheit, FAQ neues Coronavirus, 18.10.2020, S. 3, Ziffer 7 <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/63300.pdf>>).

der stellen können, ohne dass im *Einzelfall rechtzeitig eine gerichtliche Prüfung* möglich wäre.<sup>20</sup> Mittlerweile überlagert die Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand 19. Oktober 2020) sehr viele alltägliche ausserhäusliche Alltagshandlungen, für welche kaum je einzeln eine rechtswegöffnende Verfügung verlangt werden könnte. Es wäre z.B. aus praktischer Sicht nicht möglich, zeitnah jeden geplanten Gang in einen Laden vorgängig behördlich anzumelden. So oder anders ist wünschenswert, dass die Gerichte die Anforderungen an die Bejahung des individuellen Rechtsschutzinteresses im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz gegen bundesrätliche Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie präzisieren. Dies setzt aber voraus, dass den Gerichten solche Fälle überhaupt vorgelegt werden.

### III. Fazit

Die *direkte Anfechtung* der Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand 19. Oktober 2020) scheidet nach Gesetz und Rechtsprechung aus. Dies gilt gleichermassen für die Anfechtung der *Verordnung an sich* (generell-abstrakt) und die Anfechtung *einzelner Verordnungsbestimmungen mit individuellem Charakter* (Betrachtung als Allgemeinverfügung). Interessierte Bürgerinnen und Bürger könnten jedoch versuchen, vom EDI eine anfechtbare Verfügung zu verlangen über den *Regelungsgegenstand* insbesondere von Art. 3b, Art. 3c, Art. 5a und Art. 6 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand 19. Oktober 2020). Der Rechtsweg würde anschliessend zum Bundesverwaltungsgericht und schliesslich zum Bundesgericht führen.

Bundesrätliche Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie haben – bei aller grundsätzlichen Notwendigkeit – *erhebliche wirtschaftliche und soziale Auswirkungen*. Illustrativ ist hierfür die für die Binnenschifffahrt wirtschaftlich schädliche und unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit sehr kritisch zu betrachtende *Maskentragpflicht auf Aussendecks von Schiffen* (Art. 3a Covid-19-Verordnung besondere Lage [Stand 19. Oktober 2020]), die aber bisher – soweit ersichtlich – keiner gerichtlichen Prüfung unterzogen wurde. Die Covid-19-Pandemie wird voraussichtlich noch einige Zeit dauern. Daher ist es wichtig, dass sich eine möglichst etablierte Praxis zum Rechtsschutz gegen bundesrätliche Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie herausbildet. Dies bedingte aber auch die Bereitschaft, gewisse «juristische Experimente» einzugehen. Dem Autor ist daher bewusst, dass die hier vorgeschlagene Argumentation keineswegs in Stein gemeisselt ist.

---

<sup>20</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_149/2020 vom 23. Juli 2020 E. 1.3.

# «Circuit Breakers»\*

## I. «Circuit Breakers»

An der Medienkonferenz der Experten des Bundes vom 20. Oktober 2020 wurde eine weitere Massnahme zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie angesprochen. Es handelt sich um «Circuit Breakers», also um kurze ein- bis zweiwöchige Lockdowns, um die Ausbreitung von Covid-19 zu verlangsamen. Ein solcher «Circuit Breaker» wird vom Bund geprüft.<sup>1</sup> Aus epidemiologischer Sicht sei es «sinnvoll, einen kontrollierten Lockdown vorzubereiten».<sup>2</sup>

## II. Rechtsgrundlagen?

Soweit mit einem «Circuit Breaker» *schweizweite*, «echte» und vom Bundesrat beschlossene Lockdowns gemeint sind, ist deren Rechtmässigkeit in der gegenwärtigen besonderen Lage nach Art. 6 EpG zu hinterfragen.

Die aufgrund der (gegenwärtigen Ausprägung der) Covid-19-Pandemie geltende besondere Lage nach Art. 6 EpG als «epidemiologische Notlage» ist für epidemiologische Bedrohungslagen wie *moderate Influenzapandemien* oder SARS vorgesehen.<sup>3</sup> Die ausserordentliche Lage nach Art. 7 EpG wird erst bei einer *Worst-Case-Pandemie* (Spanische Grippe 1918) ausgerufen.<sup>4</sup>

Die jeweilige Fassung der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie stützt sich auf Art. 6 Abs. 2 Bst. a und b EpG. Dabei *beschränkt sich der Handlungsspielraum* des Bundesrats auf

---

\* Erschienen in: Jusletter, Coronavirus-Blog vom 21. Oktober 2020.

<sup>1</sup> Bundesamt für Gesundheit (BAG), Point de Presse Coronavirus vom 20. Oktober 2020, Votum STEFAN KUSTER, Leiter Übertragbare Krankheiten, BAG, 55m14s-56m29s <<https://www.youtube.com/watch?v=bfoCE-RZOTI&feature=youtu.be>>.

<sup>2</sup> Schweizer Radio und Fernsehen, Coronakrise, Epidemiologin: «Sinnvoll, kontrollierten Lockdown vorzubereiten», Interview mit NICOLA LOW, Mitglied der Covid-19-Taskforce des Bundes, 20. Oktober 2020 <<https://www.srf.ch/news/schweiz/coronakrise-epidemiologin-sinnvoll-kontrollierten-lockdown-vorzubereiten>>.

<sup>3</sup> BBl 2011 363.

<sup>4</sup> BBl 2011 363.

die in den Art. 31–38 sowie 40 EpG festgelegten Massnahmen, was in den Eidgenössischen Räten unbestritten blieb.<sup>5</sup> Die Botschaft zum hier interessierenden Art. 40 Abs. 2 EpG lautete:

«Nach Absatz 2 können die zuständigen kantonalen Behörden Veranstaltungen verbieten oder einschränken (Bst. a), Schulen oder andere öffentliche Anstalten und private Unternehmen schliessen oder gegenüber diesen besondere Vorschriften zum Betrieb (z. B. Hygienemassnahmen) verfügen (Bst. b) oder das Betreten oder Verlassen bestimmter Gebäude oder Gebiete und bestimmte Aktivitäten an definierten Orten, wie das Baden verbieten oder einschränken (Bst. c). Das revidierte Gesetz enthält im Gegensatz zum geltenden EpG eine Regelung, welche es den zuständigen Behörden ermöglicht, das Betreten oder Verlassen bestimmter Gebiete zeitweise einzuschränken. Diese Ergänzung ist notwendig, weil sich gerade im Zusammenhang mit der Bekämpfung der häufig tödlich verlaufenden Lungenkrankheit SARS gezeigt hat, dass mit der Absperrung bestimmter Quartiere oder Häusergruppen (z. B. in Hongkong) die Weiterverbreitung der Krankheit signifikant eingeschränkt werden konnte. Die Absperrung ganzer Ortschaften soll aber nur in Ausnahmesituationen möglich sein»<sup>6</sup>

Die Eidgenössischen Räte folgten dem bundesrätlichen Vorschlag zu Art. 40 EpG diskussionslos.<sup>7</sup>

### III. Fazit

Die einzelnen Einschränkungen, welche ein allfälliger «Circuit Breaker» mit sich brächte, wären natürlich zuerst zu definieren. Die Materialien zum EpG zeigen jedoch auf, dass in der besonderen Lage nach Art. 6 EpG schweizweite und vom Bundesrat beschlossene «Absperrungen» keine Option darstellen. Im Gegenteil wird klar, dass – nach den in der Botschaft zum EpG für massgebend erklärten Erfahrungen mit SARS – solch drastische Massnahmen wie (echte) Lockdowns streng lokal (Quartiere oder Häusergruppen, ausnahmsweise ganze Ortschaften) begrenzt sein müssen. Insoweit ist daher im Gegensatz zu mildereren Vorkehrungen gemäss Art. 40 Abs. 2 Bst. a und b EpG, die (nur bei nachgewiesener Indikation) durchaus schweizweit gelten können, eine «Hotspot»-Strategie zu wählen.

---

<sup>5</sup> BBl 2011 365. Diese bundesrätliche Intention gab in den Räten zu keiner Diskussion Anlass. Bei Art. 6 EpG drehte sich die Kontroverse primär um den möglichen «Impfzwang» (AB 2012 N 314–318; AB 2012 S 390–391; AB 2012 N 1282).

<sup>6</sup> BBl 2011 392.

<sup>7</sup> AB 2012 N 320 betreffend Art. 23–73 EpG; AB 2012 S 392 betreffend Art. 23–52 EpG.

# Quarantäne

## Covid-19: Bundesrechtliche Voraussetzungen für die Anordnung der Quarantäne bei engem Kontakt mit einer infizierten Person\*

Die Quarantäne setzt einen «engen Kontakt» (Distanz von weniger als 1,5 Metern während mehr als 15 Minuten ohne Schutz wie Hygienemaske oder physische Barriere wie Plexiglasscheibe) mit einer positiv auf eine Infektion mit dem Coronavirus getesteten Person voraus. In praktisch allen epidemiologisch-neurologischen ausserhäuslichen Alltagssituationen besteht nach der Covid-19-Verordnung besondere Lage mittlerweile schweizweit eine Maskenpflicht. Dadurch reduzieren sich die für die Quarantäne erforderlichen «engen Kontakte» im bundesrechtlichen Sinn mit nachweislich infizierten Personen. In diesem Zusammenhang kann insbesondere die Maskenpflicht in Innenräumen bei der Arbeit praxisrelevant sein, welche zu einer Verminderung der – insbesondere für kleinere Unternehmen problematischen – Quarantänefälle im Betrieb führen müsste, falls eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter nachweislich mit dem Coronavirus infiziert ist.

### I. Quarantäne und Isolation

Genügt die medizinische Überwachung nicht, so kann nach Art. 35 Abs. 1 EpG<sup>1</sup> eine Person, die krankheitsverdächtig oder ansteckungsverdächtig ist, unter Quarantäne gestellt werden (lit. a); eine Person, die krank oder angesteckt ist oder Krankheitserreger ausscheidet, abgesondert werden (lit. b).

«Die Quarantäne bezeichnet die vorsorgliche Isolierung von Personen ohne Krankheitssymptome, die einem Übertragungsrisiko ausgesetzt waren. Falls die Personen unter Quarantäne nach der maximalen Dauer der Inkubationszeit der betreffenden Krankheit nicht erkrankt sind, besteht kein Erkrankungsrisiko mehr.»<sup>2</sup> Die Isolierung von Kranken, Angesteckten oder Ausscheidern wird demgegenüber *Absonderung* genannt.<sup>3</sup>

Im Folgenden interessieren im Sinne einer Kurzbetrachtung die *bundesrechtlichen Voraussetzungen* für die Quarantäne bei engem Kontakt mit einer mit dem

---

\* Erschienen in: Jusletter, Coronavirus-Blog vom 6. Dezember 2020.

<sup>1</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012 (Stand am 25. Juni 2020), SR 818.101.

<sup>2</sup> So BBl 2011 454.

<sup>3</sup> BBl 2011 453.

Coronavirus infizierten Person. Denn «Personen, die positiv auf eine Infektion mit dem Coronavirus getestet wurden, müssen in Isolation. Personen, die engen Kontakt mit einer positiv getesteten Person hatten, müssen in Quarantäne.»<sup>4</sup> Nicht Gegenstand dieses Beitrags sind der *Nachweis* der Infektion mit dem Coronavirus an sich (PCR-Tests und Antigen-Tests) sowie *Sinn und Grenzen* der Quarantäne bei Covid-19 überhaupt.<sup>5</sup> Berücksichtigt sind die Entwicklungen bis und mit 6. Dezember 2020.

## II. Hintergründe der (amtlich angeordneten) Quarantäne

### I. Grundsätze zur Quarantäne

Art. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage<sup>6</sup> hält im Abschnitt 2 «Massnahmen gegenüber Personen» fest, «welche Grundregeln die Bevölkerung bzw. Privatpersonen in ihrem täglichen Leben zu beachten haben.» Hierzu verweist Art. 3 «auf die entsprechenden Empfehlungen bzw. Hygiene- und Verhaltensregeln, die das Bundesamt für Gesundheit (BAG) gestützt auf Art. 9 Abs. 3 EpG seit Beginn der Corona-Epidemie erlassen, aktualisiert und auf seiner Website veröffentlicht hat. Darin enthalten sind Regeln zum Abstandhalten, zum Tragen von Masken, zum gründlichen Händewaschen, zur Vermeidung von Händeschütteln oder zum Niesen und Husten. Die Regeln werden der Bevölkerung zudem auf den mittlerweile allseits bekannten Plakaten bildlich und mit kurzen Texten vermittelt.»<sup>7</sup> Ferner haben sich laut diesen «verbindlichen» Empfehlungen Personen, die engen Kontakt zu einer «am neuen Coronavirus erkrankten Person» hatten, *für zehn Tage zu Hause in Quarantäne* zu begeben, sofern die Person während des Kontakts ansteckend war.<sup>8</sup>

Ob eine Person sich *selbstständig* in Quarantäne begeben muss oder ob sie von der nach Art. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage zuständigen kanto-

---

<sup>4</sup> [Bundesamt für Gesundheit \(BAG\), Coronavirus: Isolation und Quarantäne, Einleitung.](#)

<sup>5</sup> Vgl. dazu [Avenir Suisse, Warum das Schweizer Quarantäne-Regime unverhältnismässig ist, 2. Oktober 2020](#) und [Swiss National Covid-19 Science Task Force Policy Brief, Überlegungen zur Verkürzung der Quarantänedauer, 26. November 2020.](#)

<sup>6</sup> Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage) vom 19. Juni 2020 (Stand am 9. Dezember 2020), SR 818.101.26.

<sup>7</sup> So [BAG, Erläuterungen Covid-19-Verordnung besondere Lage, 19. November 2020, S. 2.](#)

<sup>8</sup> Eine Person gilt als ansteckend, wenn sie Symptome hat und bereits 48 Stunden vor dem Auftreten dieser Symptome (zum Ganzen [BAG, Covid-19: Anweisungen zur Quarantäne, gültig ab dem 23. Oktober 2020, S. 1](#); vgl. auch [Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2020.456 vom 20. November 2020 E. 2.2](#)). Siehe ferner (Fn. 30) hinten.

nalen Behörde dazu *verpflichtet* wird, hängt massgebend vom Contact Tracing ab: «Das Contact Tracing liegt in der Verantwortung der Kantone. Die Kantone entscheiden, wie sie ihre Ressourcen bei hohen Fallzahlen am besten einsetzen. Momentan ist es daher möglich, dass sich die zuständige kantonale Stelle nicht zeitnah bei Ihnen meldet und die Isolation oder Quarantäne anordnet. Es ist deshalb wichtig, dass Sie sich gegebenenfalls selbständig in Isolation oder in Quarantäne begeben.»<sup>9</sup>

## 2. Quarantäne als Eingriff in die persönliche Freiheit

Quarantäne bedeutet grundsätzlich: «Vermeiden Sie alle Kontakte, auch zu Personen, die in Ihrem Haushalt leben. Wenn Sie 10 Tage nach dem engen Kontakt immer noch keine Symptome haben, dürfen Sie die Quarantäne beenden.»<sup>10</sup> In der Quarantänezeit sind für Erwachsene selbst «gelegentlich hinausgehen, spazieren gehen, frische Luft schnappen» *untersagt*.<sup>11</sup> Die Quarantäne führt daher «zu einer weitgehenden Einschränkung der Bewegungsfreiheit»,<sup>12</sup> ist «bekanntlich mit sehr grossen Einschränkungen verbunden»<sup>13</sup> und greift somit in *erheblicher* Weise vor allem in die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV<sup>14</sup> ein.<sup>15</sup> Darum rät das BAG: «Bleiben Sie mit Freunden und Familie via Telefon, Skype etc. in Kontakt. Reden Sie über Ihr Erleben, über Ihre Gedanken und Gefühle. Wenn Ihnen das nicht reicht oder wenn dies für Sie nicht möglich ist: Rufen Sie bei Sorgen, Ängsten oder Problemen die Telefonnummer 143 («Dargebotene Hand») an. Unter dieser Nummer sind rund um die Uhr und kostenlos Ansprechpersonen für Sie da.»<sup>16</sup>

---

<sup>9</sup> [BAG, Coronavirus: Isolation und Quarantäne, Hinweis zur aktuellen Lage.](#)

<sup>10</sup> [BAG, Coronavirus: Isolation und Quarantäne, Vorgehen nach engem Kontakt: Quarantäne.](#)

<sup>11</sup> [BAG, Coronavirus: Häufig gestellte Fragen \(FAQ\), Darf ich während der Quarantänezeit gelegentlich hinausgehen, spazieren gehen, frische Luft schnappen oder Besorgungen machen?](#)

<sup>12</sup> BBl 2011 388.

<sup>13</sup> BAG (Fn. 7), S. 26.

<sup>14</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand am 1. Januar 2020), SR 101.

<sup>15</sup> Vgl. BBl 2011 325.

<sup>16</sup> BAG (Fn. 8), S. 3.

### 3. Rechtliche Qualifikation der BAG-Empfehlungen

Nach Abs. 3 des in den Räten diskussionslos verabschiedeten<sup>17</sup> Art. 9 EpG kann das BAG Empfehlungen abgeben, welche Verhaltensanweisungen enthalten, «die sich an die gesamte Bevölkerung, besonders vulnerable Personengruppen oder an bestimmte Adressaten richten.» Diese als *Realakte* erlassenen staatlichen Empfehlungen sind rechtlich *nicht verbindlich*. Sie können allerdings bei Privaten zu einem (finanziellen) Schaden führen und damit allenfalls eine Haftung des Staates auslösen.<sup>18</sup>

Art. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage hebt die Empfehlungen des BAG nach Art. 9 Abs. 3 EpG in den Rang von für alle Rechtsunterworfenen verbindlichem *Verordnungsrecht*. Entsprechend apodiktisch lautet die zugehörige bundesamtliche Direktive: «MACH'S EINFACH!».<sup>19</sup> Das BAG fungiert demnach – von Art. 9 Abs. 3 EpG nicht vorgesehen – im Rahmen von Art. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage (ob willentlich oder nicht) als (subsidiärer) *Verordnungsgeber*. In dieser Eigenschaft erlässt das BAG *Amtsverordnungen*.<sup>20</sup> Nach Art. 48 Abs. 2 RVOG<sup>21</sup> ist aber eine Übertragung der Rechtsetzung auf *Gruppen und Ämter* nur zulässig, wenn ein Bundesgesetz oder ein allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss dazu ermächtigt. Der Bundesrat kann nach Art. 48 Abs. 1 RVOG einzig die Zuständigkeit zum Erlass von Rechtssätzen auf die *Departemente* übertragen. Er berücksichtigt dabei die Tragweite der Rechtssätze. Art. 6 Abs. 2 EpG als Grundlage der Covid-19-Verordnung besondere Lage sieht *keine Subdelegation* an das Departement des Innern (EDI) geschweige denn an das BAG vor. Art. 6 Abs. 3 EpG weist dem EDI lediglich die Aufgabe der *Koordination der Massnahmen des Bundes* zu. Ein *Verzicht* auf eine gesetzliche Grundlage für eine Subdelegation ist nur möglich, wenn sie sich auf Vorschriften vorwiegend technischer Natur bezieht und kein Rechtsgrundsatz – namentlich des Verfassungsrechts – betroffen wird.<sup>22</sup> Davon kann

---

<sup>17</sup> AB 2012 N 318; AB 2012 S 391.

<sup>18</sup> BBl 2011 368.

<sup>19</sup> [BAG, Download Plakate: «MACH'S EINFACH!»](#).

<sup>20</sup> Als Beispiel für eine zulässige, im Gesetz nicht erwähnte Subdelegation kann die sehr technische Verordnung des Departements des Innern (EDI) über die Zulassung von Pädakustikern und Pädakustikerinnen vom 25. Mai 2011 (Stand am 1. Juli 2011), SR 831.201.26, genannt werden. In Art. 26<sup>bis</sup> Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959 (Stand am 1. Januar 2020), SR 831.20, ist «nur» der Bundesrat ermächtigt, Zulassungsvorschriften zu erlassen.

<sup>21</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997 (Stand am 2. Dezember 2019), SR 172.010.

<sup>22</sup> Vgl. BGE 118 Ia 245 3c.

im Zusammenhang mit der Quarantäne keine Rede sein: Die Pflicht zur «Selbsteinweisung» in die Quarantäne bedeutet wie dargelegt eine *erhebliche Einschränkung* vor allem des Grundrechts der persönlichen Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV.

Zumindest einige der bundesrätlichen Coronamassnahmen, die vergleichbare Grundrechtseingriffe bewirken, befinden sich auf verschiedenen *Normstufen*: Zum einen gelten etliche Bestimmungen der bundesrätlichen Covid-19-Verordnung besondere Lage (weitreichende Maskenpflicht u.a. nach Art. 3a-c; Schutzkonzepte nach Art. 4; Kontaktdatenerhebung nach Art. 5 usw.), zum anderen die nach Art. 3 zusätzlich zu beachtenden BAG-Empfehlungen (ergänzende Maskenpflicht, Hygienemassnahmen, Verhaltensregeln wie Niesvorschriften, Selbstquarantäne usw.). Diese Konstruktion überzeugt nicht. Vielmehr sollte *de lege lata* das BAG entweder *Empfehlungen* im wohlverstandenen Sinn nach Art. 9 Abs. 3 EpG abgeben *oder* der Bundesrat (möglichst ohne inhaltliche Überschneidungen mit den BAG-Empfehlungen) die entsprechenden Vorschriften für deren erhöhte Verbindlichkeit direkt in der Covid-19-Verordnung besondere Lage regeln. Auf alle Fälle ist es ausgeschlossen, die «nur» in den BAG-Empfehlungen festgehaltene Aufforderung zur Selbstquarantäne *ohne förmliche Anordnung* der Quarantäne (z.B. nach entsprechenden Hinweisen aus der Nachbarschaft) durch die zuständige kantonale Behörde (mit polizeilicher Unterstützung) zu vollziehen. Selbstverständlich obliegt es jedoch jeder Einzelperson, sich *eigenverantwortlich* in Quarantäne zu begeben (Art. 6 BV), *wenn* tatsächlich ein enger Kontakt erfolgt ist, z.B. im Rahmen eines privaten Zusammentreffens ([Ziff. III](#), hinten).

Bei Verstoß gegen Art. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage ist (theoretisch) der Straftatbestand auf Gesetzesstufe, konkret Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG (Widerhandlungen gegen Massnahmen der Bevölkerung), anwendbar.<sup>23</sup> Es ist nach dem Dargelegten aber sehr fraglich, ob Art. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage als Rechtsgrundlage für eine Strafe etwa im Rahmen der (gerichtlichen) *akzessorischen Normenkontrolle* Bestand hätte. Strafen wegen Verstößen gegen Art. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage sind aus Sicht des Bundes soweit ersichtlich auch nicht vorgesehen, wohl aber bei Zuwiderhandlung gegen Art. 3b und Art. 3c Covid-19-Verordnung besondere Lage.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> BAG (Fn. 7), S. 22.

<sup>24</sup> So die Aufzählung in BAG (Fn. 7), S. 22.

### III. «Enger Kontakt» im Alltagsleben

#### I. Definition «enger Kontakt»

Ein erhöhtes Ansteckungsrisiko besteht gemäss Covid-19-Verordnung besondere Lage, wenn die Distanz von 1,5 Metern während mehr als 15 Minuten nicht eingehalten werden kann.<sup>25</sup> Diese Grundregel bildet den Ausgangspunkt für alle Vorgaben für Schutzkonzepte<sup>26</sup> und muss aufgrund seiner *allgemeinen epidemiologischen Bedeutung* in allen Lebenssituationen gelten. Dieser Grundsatz gilt jedoch nur in Situationen, in denen *keine anderen Schutzmassnahmen* (insbesondere Gesichtsmasken oder Abschränkungen) ergriffen werden.<sup>27</sup> «Auch ist das Ansteckungsrisiko nicht überall gleich gross, beispielsweise ist es bei gleicher Distanz und gleicher Dauer in einem geschlossenen Raum grösser als unter freiem Himmel, und in schlecht belüfteten Räumen grösser als in gut durchlüfteten Räumen.»<sup>28</sup> Zudem hat das Virus «natürlich keine Stoppuhr.» Daher sind die 15 Minuten ein Richtwert. Auf engem Raum (z.B. im Auto) kann der Kontakt auch «eng» sein, wenn er kürzer war.<sup>29</sup> Trotz dieser Relativierungen gilt gemäss BAG für die Quarantäne konkret: «Sie hatten engen Kontakt mit einer am neuen Coronavirus erkrankten Person, deren Erkrankung in einem Labor bestätigt wurde. Enger Kontakt heisst, dass Sie sich in der Nähe (Distanz von weniger als 1,5 Metern) einer infizierten Person während mehr als 15 Minuten ohne Schutz (Hygienemaske oder physische Barriere wie Plexiglasscheibe) aufgehalten haben.»<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> Covid-19-Verordnung besondere Lage, Anhang (Art. 4 Abs. 3 und 5 Abs. 1), Vorgaben für Schutzkonzepte, Ziff. 1.1 «Grundsatz».

<sup>26</sup> BAG (Fn. 7), S. 23.

<sup>27</sup> BAG (Fn. 7), S. 23.

<sup>28</sup> So BAG (Fn. 7), S. 23.

<sup>29</sup> [BAG, Coronavirus: Isolation und Quarantäne, Vorgehen nach Kontakt mit einer positiv getesteten Person.](#)

<sup>30</sup> BAG (Fn. 8), S. 1. Dort irritiert die auffallend unpräzise Terminologie: «Sie hatten engen Kontakt mit einer am neuen Coronavirus erkrankten Person, deren Erkrankung in einem Labor bestätigt wurde.» Einerseits ist eine «Erkrankung» gar nicht Voraussetzung für eine Quarantäne (Krankheitsverdacht oder Ansteckungsverdacht genügt; [Ziff. I](#) vorne), andererseits bedeutet der Labornachweis «nur» der Infektion mit dem Coronavirus noch nicht das Vorliegen der klinisch relevanten Krankheit Covid-19 (zu den Symptomen, [BAG, Coronavirus: Krankheit, Symptome, Behandlung, Krankheitssymptome](#); zu den Begrifflichkeiten «Infektion», «Krankheit» usw. BBl 2011 453).

## 2. Schutzmassnahmen im Alltagsleben

In praktisch allen epidemiologisch-neuralgischen ausserhäuslichen Alltagssituationen besteht nach der Covid-19-Verordnung besondere Lage mittlerweile *schweizweit eine Maskenpflicht*. Sie gilt in öffentlichen Verkehrsmitteln (Art. 3a), auf Perrons und in Wartebereichen des ÖV (Art. 3b), in Innen- und Aussenbereichen von öffentlich zugänglichen Einrichtungen und Betrieben (Art. 3b), in Innenräumen bei der Arbeit (Art. 10), in Schulen der Sekundarstufe II (Art. 6d), in belebten Fussgängerzonen von Zentren und Dorfkernen (Art. 3c), für politische und zivilgesellschaftliche Kundgebungen sowie für Unterschriftensammlungen (Art. 6c), beim Sport (Art. 6e), im Kulturbereich (Art. 6f) sowie überall, wo es so viele Personen hat, dass der Abstand von 1,5 Metern zu anderen Personen nicht eingehalten werden kann (Art. 3c).<sup>31</sup> Dabei bestehen in gewissen Fällen, etwa beim Sport (Art. 6e Abs. 2 lit. b) und im Kulturbereich (Art. 6f Abs. 2 lit. a Ziff. 3), Ausnahmen von der Maskenpflicht bei *grosszügigen Raumverhältnissen*.

Des Weiteren sind gemäss Covid-19-Verordnung besondere Lage *Einrichtungen mit mutmasslich erhöhtem Infektionsrisiko* wie Diskotheken und Tanzlokale *geschlossen* sowie dementsprechend die Durchführung von Tanzveranstaltungen *verboten* (Art. 5a Abs. 2). Die Pflicht zur Erarbeitung und Umsetzung eines Schutzkonzepts *ohne* Substitution durch Maskenpflicht (vgl. Art. 6c Abs. 2) gilt nur bei privaten Veranstaltungen mit höchstens 10 Personen nicht (Art. 6 Abs. 2). In Restaurations-, Bar- und Clubbetrieben besteht ausser während der sitzenden Konsumation am Tisch Maskenpflicht (Art. 3b Abs. 2 lit. d). Ein quarantänebegründender «enger Kontakt» kann sich folglich primär bei Treffen von Personen aus verschiedenen Haushalten zu Hause, im Restaurant während der Mahlzeit oder im Auto ergeben.<sup>32</sup>

Diese Vorgaben beeinflussen auch die Erhebung der Kontaktdaten als *Basis einer behördlichen Quarantäneanordnung*. Die Kontaktdaten der anwesenden Personen müssen erhoben werden, wenn es während mehr als 15 Minuten zu einer Unterschreitung des erforderlichen Abstands ohne Schutzmassnahmen

---

<sup>31</sup> Vgl. die Übersicht bei [BAG, Coronavirus: So schützen wir uns](#).

<sup>32</sup> Vgl. die Beispiele unter BAG (Fn. 29). Das dort für einen «engen Kontakt» genannte Beispiel «Sie arbeiten zusammen und machen morgens gemeinsame Kaffeepause (ca. 5 Minuten) und haben am Nachmittag ein spontanes Gespräch im Gang ohne Maske (ca. 10 Minuten). Dies ergibt zusammen 15 Minuten und ist somit ein enger Kontakt.» dürfte aufgrund der Maskenpflicht in Innenräumen bei der Arbeit nicht mehr gelten, es sei denn, im Einzelfall wäre die Missachtung der Maskenpflicht ausgewiesen.

kommt.<sup>33</sup> So ist nach Art. 5a Abs. 1 lit. c<sup>ter</sup> Covid-19-Verordnung besondere Lage die Kontaktdatenerhebung in Restaurations-, Bar- und Clubbetrieben mittlerweile schweizweit obligatorisch. Im Geltungsbereich der dargelegten Schutzmassnahmen (Maskenpflicht usw.) ist hingegen die *zwingende Erhebung* von Kontaktdaten demnach unnötig, unverhältnismässig und *unzulässig*. Es sind somit *de iure* nur noch *wenige Alltagssituationen* denkbar, in welchen sich Menschen *ohne Schutzmassnahmen* (Maskenpflicht, Abschränkungen, Schutzkonzepte im Allgemeinen) begegnen. Dadurch reduzieren sich die für die Quarantäne erforderlichen «engen Kontakte» *im bundesrechtlichen Sinn* mit nachweislich vom Coronavirus infizierten Personen. In diesem Zusammenhang kann insbesondere die Maskenpflicht in Innenräumen bei der Arbeit praxisrelevant sein, welche zu einer *Verminderung* der Quarantänefälle im Betrieb führen müsste, falls eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter nachweislich mit dem Coronavirus infiziert ist.

Ein «enger Kontakt» *im Rechtssinn* zur nachgewiesenermassen mit dem Coronavirus infizierten Person kann freilich dann gegeben sein, wenn die Schutzvorschriften zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie während der konkreten Begegnungssituation mit der infizierten Person nicht eingehalten werden.

Den Nachweis muss die nach Art. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage zuständige kantonale Behörde erbringen. Denn bis die zuständige kantonale Behörde etwas anderes feststellt, ist davon auszugehen, dass die Schutzvorschriften beachtet werden. Es gibt im Zusammenhang mit den schweizweiten Schutzvorschriften zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie keine «Vermutung des nicht rechtskonformen Verhaltens.» Eine solche würde auch zu einer *Aushöhlung bzw. Aushebelung* der klaren bundesrätlichen Quarantäne-Vorgaben («enger Kontakt» grundsätzlich nur bei Distanz von weniger als 1,5 Metern während mehr als 15 Minuten ohne Schutz) führen. Zudem liegt es ohnehin in der Verantwortung der zuständigen kantonalen Behörde, *routinemässig* oder im *speziellen Verdachtsfall* einen Betrieb oder eine Veranstaltung auf Einhaltung der Schutzvorschriften (Maskenpflicht, Abschränkungen usw.) zu kontrollieren.

---

<sup>33</sup> Covid-19-Verordnung besondere Lage, Anhang (Art. 4 Abs. 3 und 5 Abs. 1), Vorgaben für Schutzkonzepte, Ziff. 4.1 «Erhebung von Kontaktdaten».

#### IV. Fazit

Der Verweis in Art. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage auf die BAG-Empfehlungen bzw. Hygiene- und Verhaltensregeln überzeugt rechtsdogmatisch nicht. Vielmehr sollte *de lege lata* das BAG entweder *Empfehlungen* im wohlverstandenen Sinn nach Art. 9 Abs. 3 EpG abgeben *oder* der Bundesrat (möglichst ohne inhaltliche Überschneidungen mit den BAG-Empfehlungen) die entsprechenden Vorschriften für deren erhöhte Verbindlichkeit direkt in der Covid-19-Verordnung besondere Lage regeln.

Die Quarantäne setzt einen «engen Kontakt» (Distanz von weniger als 1,5 Metern während mehr als 15 Minuten ohne Schutz wie Hygienemaske oder physische Barriere wie Plexiglasscheibe) mit einer positiv auf eine Infektion mit dem Coronavirus getesteten Person voraus. In praktisch allen epidemiologisch-neuralgischen ausserhäuslichen Alltagssituationen besteht nach der Covid-19-Verordnung besondere Lage mittlerweile schweizweit eine Maskenpflicht. Es sind somit *de iure* nur noch wenige Alltagssituationen denkbar, in welchen sich Menschen *ohne* Schutzmassnahmen (Maskenpflicht, Abschränkungen, Schutzkonzepte im Allgemeinen) begegnen. Dadurch reduzieren sich die für die Quarantäne erforderlichen «engen Kontakte» *im bundesrechtlichen Sinn* mit nachweislich infizierten Personen. In diesem Zusammenhang kann insbesondere die Maskenpflicht in Innenräumen bei der Arbeit praxisrelevant sein, welche zu einer Verminderung der – insbesondere für kleinere Unternehmen problematischen – Quarantänefälle im Betrieb führen müsste, falls eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter nachweislich mit dem Coronavirus infiziert ist.

Ein «enger Kontakt» *im Rechtssinn* zur nachgewiesenermassen mit dem Coronavirus infizierten Person kann freilich dann gegeben sein, wenn die schweizweiten Schutzvorschriften zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie während der konkreten Begegnungssituation mit der infizierten Person nicht eingehalten werden. Den Nachweis muss die nach Art. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage zuständige kantonale Behörde erbringen.



# Impfung

## Covid-19: Verhältnismässigkeit von Massnahmen zur Impfmotivation\*

### Juristische Grundlagen zum Impfblogatorium – Teil 2

*Der Staat darf die Bevölkerung zum Impfen motivieren, wenn die Instrumente dazu verhältnismässig sind. Dieser Beitrag zeigt auf, wann Informationen, Empfehlungen, ein Impfblogatorium sowie das Covid-Zertifikat dem Gebot der Verhältnismässigkeit genügen. Der Autor legt seinen Ausführungen die Darstellung der Gesetzeslage, erschienen in Ausgabe 47 der Schweizerischen Ärztezeitung, zugrunde.*

Will der Staat die Impfbereitschaft (nicht nur) im Falle von Covid-19 fördern, kann er dazu Massnahmen ergreifen. Diese müssen aber verhältnismässig sein, das heisst, sie haben kumulativ die folgenden Bedingungen zu erfüllen: Sie sind für die Erreichung eines staatlichen Ziels geeignet, erforderlich und zumutbar. «Zumutbar» zu sein bedeutet, über eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation zu verfügen.<sup>1</sup> Für die Prüfung der Verhältnismässigkeit der staatlichen Massnahmen zur Impfmotivation sind bei gegebener Wirksamkeit und Sicherheit der jeweiligen Impfung zwei Faktoren entscheidend: Die Art bzw. Intensität der staatlichen Massnahmen sowie deren Zielgruppen. Es stehen verschiedene staatliche Massnahmen mit unterschiedlicher Motivationsintensität zur Verfügung: Informationen, Empfehlungen, das Impfblogatorium und das Covid-19-Zertifikat.

### I. Informationen

Gestützt auf das Epidemiengesetz (EpG) informiert das Bundesamt für Gesundheit (BAG) über die Gefahren übertragbarer Krankheiten und über die Möglichkeiten zu deren Verhütung und Bekämpfung. Adressierte sind die Öff-

---

\* Erschienen in: Schweizerische Ärztezeitung, 2021; 102(48): 1599-1601.

<sup>1</sup> BGE 140 I 2 E. 9.2.2 m.w.H., <[relevancy.bger.ch/phil/http/index.php?highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F140-I-2%3Ade&lang=de&type=show\\_document](http://www.bger.ch/phil/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F140-I-2%3Ade&lang=de&type=show_document)> (Stand: 1.11.2021).

fentlichkeit, Fachleute des Gesundheitswesens, bestimmte Personengruppen, insbesondere wenn sie besonders betroffen sind, sowie Behörden (auch ausserhalb des Gesundheitsbereichs).<sup>2</sup>

Die Information über Krankheitsrisiken oder die Förderung der Gesundheit durch Informationskampagnen ist ein zentrales Mittel zum Schutz der öffentlichen Gesundheit. Die Bürgerinnen und Bürger sollen ihre Entscheidungen möglichst auf der Grundlage von angemessenen Informationen treffen. Weil persönliche Entscheidungen und Verhaltensweisen zu Konsequenzen für die eigene oder für die Gesundheit Dritter führen können, soll der Staat insbesondere in diesem Fall Handlungsoptionen und Entscheidungsgrundlagen bereitstellen.<sup>3</sup>

## II. Zielgruppenorientierung

Der Staat informiert auf verschiedenen Ebenen. Dabei sind die Methoden und Instrumente den jeweiligen Zielsetzungen angepasst. So können zum Beispiel auf der individuellen Ebene den Menschen, die einem bestimmten Risiko ausgesetzt sind, Beratung und Informationen angeboten werden. Auf der Ebene bestimmter besonders vulnerabler Personengruppen, zum Beispiel Migrantinnen und Migranten, ist gezielt zu informieren. Dadurch sollen eine Gefährdung Dritter, zum Beispiel der übrigen Familienmitglieder, reduziert und die Gesundheitsinteressen der angesprochenen Individuen in den Vordergrund gestellt werden; ein Beispiel hierfür sind Impfbroschüren für Eltern von Kleinkindern.<sup>4</sup>

Staatliche Informationen haben sich an den allgemeinen Verwaltungsgrundsätzen zu orientieren. Namentlich sind die Behörden gehalten, verständlich, sachlich, transparent und verhältnismässig zu informieren.<sup>5</sup> Als Mittel der Information fallen in Betracht: Medienmitteilungen und -konferenzen, Beireithalten bzw. Abgeben von Aufklärungsmaterial, Informationen im Internet oder über eine Hotline, das Bulletin des BAG als amtliche Fachzeitschrift<sup>6</sup> und

---

<sup>2</sup> Art. 9 Abs. 1 EpG; Botschaft zur Revision des EpG, BBl 2011 311 367, <[www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/43/de](http://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/43/de)> (Stand: 1.11.2021).

<sup>3</sup> BBl 2011 (Fn. 2) 367.

<sup>4</sup> BBl 2011 (Fn. 2) 367.

<sup>5</sup> BBl 2011 (Fn. 2) 367.

<sup>6</sup> BAG, BAG-Bulletin, <[www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/publikationen/periodika/bag-bulletin.html](http://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/publikationen/periodika/bag-bulletin.html)> (Stand: 1.11.2021).

eigentliche Informationskampagnen über die Medien, wie schon früher die Stop-Aids-Kampagne; möglich sind auch Werbeträger aller Art, etwa Poster oder Flyer in öffentlich zugänglichen Einrichtungen.<sup>7</sup>

### III. Koordinierte Kommunikation

Eine kohärente Information und ein einheitliches Vorgehen sind zu gewährleisten. Dazu ist eine ausreichende Koordination im Rahmen der Zuständigkeiten des BAG und der Kantone notwendig. Dabei gilt es insbesondere, die nationalen Ziele und Strategien zu berücksichtigen. Das BAG und die zuständigen kantonalen Behörden sind daher gesetzlich zur Koordination ihrer Informationstätigkeit verpflichtet.<sup>8</sup> Für Gesundheitsfachpersonen sind vom BAG allgemeine Impf-Informationen erhältlich. Es handelt sich um gemeinsam mit Partnern erstellte Empfehlungen, Richtlinien und Informationen zu Impfungen und Prophylaxe. Deren Ziel ist der Schutz jeder Einzelperson und der Schweizer Bevölkerung.<sup>9</sup> Informationen des BAG ersetzen jedoch niemals das individuelle Gespräch zwischen Ärztin/Arzt und Patientin/Patienten («informed consent»).

### IV. Informationen zu Covid-19

Das BAG stellt umfassendes Informationsmaterial zu Covid-19 zur Verfügung. Dazu gehören insbesondere verschiedene medizinische Hintergründe und Hinweise für Alltagssituationen.<sup>10</sup> Explizit für Gesundheitsfachpersonen hat das BAG vielseitige Informationen zum Umgang mit Covid-19 aufbereitet.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Art. 9 Abs. 2 EpG; BBl 2011 (Fn. 2) 367.

<sup>8</sup> Art. 9 Abs. 4 EpG; BBl 2011 (Fn. 2) 368.

<sup>9</sup> BAG, Impf-Informationen für Gesundheitsfachpersonen, <[www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesund-leben/gesundheitsfoerderung-und-praevention/impfungen-prophylaxe/informationen-fachleute-gesundheitspersonal.html](http://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesund-leben/gesundheitsfoerderung-und-praevention/impfungen-prophylaxe/informationen-fachleute-gesundheitspersonal.html)> (Stand: 1.11.2021).

<sup>10</sup> BAG, Coronavirus, <[www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov.html](http://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov.html)> (Stand: 1.11.2021).

<sup>11</sup> BAG, Coronavirus: Informationen für Gesundheitsfachpersonen, <[www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/information-fuer-die-aerzteschaft.html](http://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/information-fuer-die-aerzteschaft.html)> (Stand: 1.11.2021).

## V. Empfehlungen

Das BAG veröffentlicht auch Empfehlungen zu Massnahmen gegen übertragbare Krankheiten sowie zum Umgang mit Krankheitserregern und passt die Empfehlungen regelmässig dem aktuellen Stand der Wissenschaft an. Sind andere Bundesämter betroffen, so handelt das BAG mit deren Einverständnis.<sup>12</sup>

Empfehlungen enthalten Verhaltensanweisungen. Sie richten sich an die gesamte Bevölkerung, an besonders vulnerable Personengruppen oder an bestimmte Zielgruppen. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen von Empfehlungen ergeben sich aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Danach muss für die Empfehlung ein hinreichender Anlass bestehen. Ein solcher Anlass besteht dann, wenn eine Gefahr für die zu schützenden Rechtsgüter vorliegt.<sup>13</sup> Diese Rechtsgüter sind im Fall der übertragbaren Krankheiten die individuelle oder öffentliche Gesundheit, aber auch das daran gekoppelte wirtschaftliche und soziale Funktionieren der Gesellschaft.

## VI. Sachliche Einordnung

Der Staat braucht sich bei der Herausgabe von Empfehlungen nicht auf die Mitteilung von Tatsachen zu beschränken. Vielmehr kann er aus den mitgeteilten Tatsachen im Interesse einer wirksamen Verhaltenslenkung der Öffentlichkeit auch selbst wertende Schlussfolgerungen ziehen. Die staatlichen Empfehlungen unterliegen jedoch generell dem Gebot der Sachlichkeit.<sup>14</sup> Als Empfehlungen gelten auch die krankheitsspezifischen Notfallpläne (zum Beispiel Influenza-Pandemieplan Schweiz<sup>15</sup>). Andere Bundesämter können bei der Bekämpfung von Infektionskrankheiten mitbetroffen sein, wie das Bundesamt für Umwelt (BAFU) beispielsweise bei der Bekämpfung von Insekten oder das Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV) im Fall der Zoonosen. Es ist deshalb für den Erfolg von Massnahmen entscheidend, Empfehlungen im Einvernehmen mit den jeweils betroffenen Stellen auszuarbeiten.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> Art. 9 Abs. 3 EpG.

<sup>13</sup> BBl 2011 (Fn. 2) 368.

<sup>14</sup> BBl 2011 (Fn. 2) 368.

<sup>15</sup> BAG, Influenza-Pandemieplan Schweiz, <[www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/pandemievorbereitung/pandemieplan.html](http://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/pandemievorbereitung/pandemieplan.html)> (Stand: 1.11.2021).

<sup>16</sup> BBl 2011 (Fn. 2) 367–8.

## VII. Die Verbindlichkeit von Empfehlungen

Empfehlungen des BAG – so sinnvoll sie auch sein mögen – können von den Angesprochenen befolgt werden oder auch nicht. Die Nichtbeachtung der Empfehlungen darf für die Adressaten keinerlei unmittelbare grundrechtsrelevante Konsequenzen haben wie etwa verpflichtende Hygienemassnahmen (zum Beispiel Masken) oder Zugangsbeschränkungen zu öffentlichen Einrichtungen. Dafür gibt es keine gesetzliche Grundlage. Hingegen können befolgte Empfehlungen bei Privaten zu einem (finanziellen) Schaden führen und damit allenfalls eine Haftung des Staates auslösen.<sup>17</sup> Auch Empfehlungen des BAG ändern nichts an der Notwendigkeit des individuellen Gesprächs zwischen Ärztin/Arzt und Patientin/Patienten («informed consent»).

## VIII. Impfpfehlungen zu Covid-19

Die Impfpfehlungen zu Covid-19 wie auch die Impfpfehlungen zu anderen übertragbaren Krankheiten werden von der Eidgenössischen Kommission für Impffragen (EKIF) in Zusammenarbeit mit dem BAG erarbeitet.<sup>18</sup> Sobald Swissmedic die Zulassung für einen Impfstoff erteilt, verfasst die EKIF die Impfpfehlungen. Sie basieren auf den Resultaten der «klinischen Phase-III-Studien». Für die Impfpfehlungen werden die neusten wissenschaftlichen Erkenntnisse einbezogen und die aktuelle epidemiologische Lage berücksichtigt.<sup>19</sup>

Eine zentrale Frage für die Prüfung der Verhältnismässigkeit der Impfpfehlungen lautet: Wie stark ist welche Personengruppe von Covid-19 betroffen? Die Risikogruppen für Covid-19 wurden bereits kurz nach Pandemiebeginn, also vor rund anderthalb Jahren, in den ersten Covid-19-Verordnungen definiert.<sup>20</sup> Nach aktueller Einschätzung kann das Coronavirus für ältere Men-

---

<sup>17</sup> BBl 2011 (Fn. 2) 368; BAG, Entschädigung und Genugtuung bei Impfschäden, <[www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesetze-und-bewilligungen/gesuche-bewilligungen/gesuche-bewilligungen-im-bereich-infektionskrankheiten/genugtuung-bei-impfschaeden.html](http://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesetze-und-bewilligungen/gesuche-bewilligungen/gesuche-bewilligungen-im-bereich-infektionskrankheiten/genugtuung-bei-impfschaeden.html)> (Stand: 1.11.2021).

<sup>18</sup> Art. 56 Abs. 2 lit. a EpG.

<sup>19</sup> BAG, Coronavirus: Covid-19-Impfung, Impfpfehlungen, <[www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/information-fuer-die-aerzteschaft/covid-19-impfung.html#-1942803447](http://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/information-fuer-die-aerzteschaft/covid-19-impfung.html#-1942803447)> (Stand: 1.11.2021).

<sup>20</sup> Siehe bereits Art. 10b der per 22. Juni 2020 aufgehobenen Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020, SR 818.101.24, <[www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/141/de](http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/141/de)> (Stand: 1.11.2021).

schen, schwangere Frauen und für Erwachsene mit Trisomie 21 oder mit bestimmten Formen chronischer Krankheiten gefährlich sein.<sup>21</sup> Das Risikoprofil konnte mit zunehmender Erfahrung laufend präzisiert werden. Die aktuelle Covid-19-Impfstrategie unterscheidet denn auch sechs Zielgruppen nach Alter, Gesundheitszustand und Tätigkeit der Zielpersonen.<sup>22</sup> Die zugehörigen Impfpfehlungen sind unter Berücksichtigung der unterschiedlich gefährdeten Personengruppen sehr detailliert abgefasst.<sup>23</sup> Bei aus epidemiologischer Sicht problematisch tiefen Impfraten in bestimmten Bevölkerungsgruppen haben sich die behördlichen Informationsbemühungen im Sinne eines risikobasierten Ansatzes auf diese zu konzentrieren. Das verlangt das Gebot der Verhältnismässigkeit.

## IX. Impfblogatorium

Die Nichtbeachtung behördlicher Impfpfehlungen durch die breite Bevölkerung kann unter Umständen sozialmedizinisch zum Problem werden. In solchen Fällen ist als Ultima Ratio ein Impfblogatorium in Betracht zu ziehen, beispielsweise für die Arbeit auf bestimmten Abteilungen in Spitälern oder in Heimen.<sup>24</sup> Die Prüfung der Verhältnismässigkeit eines Impfblogatoriums verlangt eine sorgfältige Abwägung zwischen diversen Faktoren. Es sind dies primär die konkrete Bedrohungslage, der zu erwartende epidemiologische Nutzen des Impfblogatoriums und allenfalls die dadurch verminderte Arbeitsmotivation der dem Impfblogatorium unterstehenden Personen.

---

<sup>21</sup> BAG, Coronavirus: Besonders gefährdete Personen, <[www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung/besonders-gefaehrdete-menschen.html](http://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung/besonders-gefaehrdete-menschen.html)> (Stand: 1.11.2021).

<sup>22</sup> BAG, Coronavirus: Covid-19-Impfung, Covid-19-Impfstrategie, <[www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/information-fuer-die-aerzteschaft/covid-19-impfung.html#-75969497](http://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/information-fuer-die-aerzteschaft/covid-19-impfung.html#-75969497)> (Stand: 1.11.2021).

<sup>23</sup> BAG und EKIF, Impfpfehlung für mRNA-Impfstoffe gegen Covid-19 (Stand am 29. September 2021), <[www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/impfpfehlung-covid-19.pdf.download.pdf/Impfpfehlung%20f%C3%BCr%20mRNA-Impfstoffe%20gegen%20Covid-19.pdf](http://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/impfpfehlung-covid-19.pdf.download.pdf/Impfpfehlung%20f%C3%BCr%20mRNA-Impfstoffe%20gegen%20Covid-19.pdf)> (Stand: 1.11.2021).

<sup>24</sup> BBl 2020 6563 6581, Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz), <[www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1669/de](http://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1669/de)> (Stand: 1.11.2021).

## X. Covid-19-Zertifikat

Die Zertifikatspflicht gilt seit 13. September 2021 für Personen ab 16 Jahren im Innern von Restaurants, von Kultur- und Freizeiteinrichtungen sowie an Veranstaltungen in Innenräumen.<sup>25</sup> Das Zertifikat wird für Geimpfte, Genesene und Getestete («3G») ausgestellt. Zusätzlich zur heutigen Zertifikatspflicht vergütet der Bund seit 11. Oktober 2021 die individuelle Teilnahme an Tests für Zertifikate abgesehen von gewissen Ausnahmen für Erstgeimpfte und Jugendliche nicht mehr.<sup>26</sup>

Dadurch wird die Option «getestet» deutlich erschwert. Dies kann im Einzelfall einen erheblichen Druck zur Impfung gegen Covid-19 erzeugen. Das Covid-19-Zertifikat befindet sich somit zwischen Stuhl (Impfempfehlung) und Bank (Impfobligatorium). Die rechtlichen Fragen dazu sind noch nicht restlos geklärt.

---

<sup>25</sup> Bundesrat, Coronavirus: Bundesrat dehnt Zertifikatspflicht aus und startet Konsultation zu neuen Einreisebestimmungen, Medienmitteilung vom 8. September 2021, <[www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-85035.html](http://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-85035.html)> (Stand: 1.11.2021).

<sup>26</sup> BAG, Coronavirus: Testen, <[www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/testen.html](http://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/testen.html)> (Stand: 1.11.2021).



# Zertifikat

## Problematischer indirekter Impfwang durch das Covid-Zertifikat\*

*Die Impfung gegen Covid-19 ist ein zentrales Instrument zur Bekämpfung der Corona-Pandemie. Der mit dem Covid-Zertifikat bewusst erzeugte «Druck auf Ungeimpfte» ist aus rechtlicher Sicht jedoch zu hinterfragen.*

Das BAG veröffentlicht in Zusammenarbeit mit der Eidgenössischen Kommission für Impffragen gestützt auf das Epidemiengesetz Impfempfehlungen. Sie dienen der Information und der Verhaltenslenkung der Öffentlichkeit. Die Nichtbeachtung dieser Empfehlungen darf für die Adressaten keine unmittelbaren, grundrechtsrelevanten Konsequenzen haben wie etwa Verhaltens- oder Hygienevorschriften oder Zugangsbeschränkungen. Dafür besteht keine gesetzliche Grundlage.

### I. Konfiszierte Grundrechte

Eine (zu) tiefe Impfquote – ganz allgemein und auch bei Covid-19 – kann jedoch sozialmedizinisch zum Problem werden. In einem solchen Fall kann der Bundesrat, in der gegenwärtigen besonderen Lage direkt gestützt auf das Epidemiengesetz, die Impfung gegen Covid-19 für obligatorisch erklären, allerdings nur bei epidemiologisch besonders relevanten Personengruppen: bei gefährdeten Bevölkerungsgruppen, bei besonders exponierten Personen und bei Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben.

Das Covid-19-Gesetz gibt dem Bundesrat laut den Materialien keine Grundlage, um direkt oder indirekt weitergehende Impfbefugnisse anzuordnen. Ein solches Obligatorium hat der Bundesrat denn bisher auch nicht ausgesprochen. Dafür soll nun, laut ausdrücklich erklärtem Willen des Bundesrats, das Covid-Zertifikat die «tiefe Impfquote im europäischen Vergleich» steigern.

Die Zertifikatspflicht gilt gegenwärtig für Personen ab 16 Jahren «im Innern von Restaurants, von Kultur- und Freizeiteinrichtungen sowie an Veranstaltungen in Innenräumen». Gleichzeitig mit der Einführung der Zertifikatspflicht «konfisziert» der Staat für diese Personengruppe einen Teil des Grund-

---

\* Erschienen in: NZZ, Gastbeitrag, 30. September 2021.

rechts der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV); nämlich den freien Zugang zu den genannten Einrichtungen und damit die ungehinderte Teilnahme am Gesellschaftsleben.

Das Zertifikat attestiert biologische Unbedenklichkeitsmerkmale («geimpft, genesen, getestet»). Sie werden mit einem minimal invasiven Test (PCR- oder Antigen-Test) oder einer Impfung und daher mit einer Beeinträchtigung der körperlichen Integrität erhoben. Mit der Vorlage des Zertifikats und damit immer auch persönlicher medizinischer Daten erhält die betreffende Person den suspendierten Teil der persönlichen Freiheit zurück. Das Zertifikat wird den meisten Menschen demnach faktisch aufgezwungen. Es wird so zum nicht mehr leicht abzulegenden persönlichen biologischen «Merkmal».

Gemäss dem Covid-19-Gesetz soll das Zertifikat möglichst für die Ein- und Ausreise in andere Länder verwendet werden können. Das Covid-19-Gesetz regelt zudem (nur) die technischen Aspekte des Zertifikats. Es sieht nirgends vor, das Zertifikat als Mittel zur Sicherstellung von Massnahmen gegenüber der breiten Bevölkerung in Alltagssituationen, wie den Erschwerungen des Zugangs zu Innenräumen oder Veranstaltungen, einzusetzen. Auch das Epidemienengesetz nennt das Zertifikat nicht als Instrument zur Durchsetzung ebensolcher Massnahmen.

Nach anderthalb Jahren Erfahrung mit verschiedensten Massnahmen braucht es zum «Beweis des rechtserheblichen Sachverhalts» differenziertere Argumente, als einfach mit neuen «Schliessungen» zu drohen und das Zertifikat als Alternative pauschal als «milderes Mittel» anzupreisen. Zudem ist das Covid-19-Risiko nicht für alle Bevölkerungsgruppen gleich hoch. Die erwähnten Innenräume haben nicht alle dieselbe epidemiologische Relevanz. Fitnesscenter bringen sogar einen Gesundheitsnutzen für die Trainierenden.

Auf all das nimmt die bisherige Zertifikatspflicht für alle Personen ab 16 Jahren keine Rücksicht. Dies kann insbesondere unter Rechtsgleichheits- (Art. 8 Abs. 1 BV) und Verhältnismässigkeitsaspekten (Art. 5 Abs. 2 BV) durchaus kritisiert werden.

## II. Covid-Tests selber bezahlen?

Die vorgesehene baldige Pflicht zur Selbstzahlung der notwendigen Tests für das Zertifikat führt zu einer prohibitiv hohen finanziellen Belastung für einen Grossteil der Bevölkerung. Die selbstbestimmte Freiheit des Individuums einer Wahl gegen eine Impfung wird also mit drohenden testbedingten finanziellen

Engpässen «übersteuert». Hier kann von «Impfzwang» gesprochen werden, der nicht «nur» physischen Zwang bedeutet. Faktisch verkommt die bisherige 3G-Regel («geimpft, genesen, getestet») zur 2G-Regel («geimpft, genesen»).

Natürlich führen «Gratistests» in Kombination mit der ausgeweiteten Zertifikatspflicht zu hohen Kosten für den Bund. Das könnte aber ebenso gut ein Grund dafür sein, das Testregime zu überdenken.

Bei problematisch tiefen Impfraten in bestimmten Bevölkerungsgruppen haben sich aus rechtlicher Sicht die behördlichen Informationsbemühungen und ein allfälliges Impfbliogatorium auf diese zu konzentrieren. Es ist hingegen der falsche Weg, die Bevölkerung ab 16 Jahren praktisch nach dem Giesskannenprinzip mit einem indirekten Impfzwang zu belegen, zumal es hierfür an einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage mangelt.

# Ausweitung der Covid-19-Zertifikatspflicht – Impfpflicht, Impfblogatorium oder schon Impfwang?\*

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

## I. Einleitung

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

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

---

\* Erschienen in: Jusletter, Coronavirus-Blog vom 15. September 2021.

<sup>1</sup> Bundesrat, Coronavirus: Bundesrat dehnt Zertifikatspflicht aus und startet Konsultation zu neuen Einreisebestimmungen, Medienmitteilung vom 8. September 2021 <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-85035.html>>.

<sup>2</sup> Sonntagszeitung vom 4. September 2021, «Das Politversagen führt zum Impfwang» <<https://www.tagesanzeiger.ch/das-politversagen-fuehrt-zum-impfwang-175182772908>>.

## II. Punktuelle Sachverhaltsaspekte

### 1. Nutzen der Ausweitung der Covid-19-Zertifikatspflicht

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

### 2. Situation auf den Intensivstationen

Die von der Schweizerischen Gesellschaft für Intensivmedizin (SGI) zertifizierten Betten auf den Intensivpflegestationen (IPS) werden *inklusive Personal* gezählt.<sup>6</sup> Die Schweiz verfügt normalerweise – und so laut SGI auch zu Beginn

---

<sup>3</sup> Daher ist die Aussage «Das Covid-Zertifikat wird neu genau dort gelten, wo das Übertragungsrisiko für Sars-CoV-2 hoch ist» in dieser Absolutheit unbelegt (so aber STEPHANIE LAHRTZ, NZZ vom 8. September 2021 <<https://www.nzz.ch/wissenschaft/bundesrat-weitert-covid-zertifikatspflicht-aus-ld.1644465>>).

<sup>4</sup> «Der verminderte Zugang zu Physiotherapie und Fitness während der Pandemie hat negative Folgen für Parkinson-Betroffene. Dies zeigt eine Studie des Unispitals Zürich» (Medinside, Zustand von Parkinson-Patienten im Corona-Jahr deutlich verschlechtert, 24. August 2021 <<https://www.medinside.ch/de/post/symptome-bei-parkinson-patienten-im-pandemie-jahr-massiv-verschlechtert>>).

<sup>5</sup> URS P. GASCHÉ, «Markanter Rückgang der Covid-19-Hospitalisierungen», Infosperber, 10. September 2021 <<https://www.infosperber.ch/gesundheit/public-health/markanter-rueckgang-der-covid-19-hospitalisierungen>>.

<sup>6</sup> Schweizerische Gesellschaft für Intensivmedizin (SGI), Zertifizierung Intensivstationen durch die Zertifizierungskommission Intensivstationen (ZK-IS) <<https://www.sgi-ssmi.ch/de/zertifizierte-is.html>>.

der Covid-19-Pandemie im März 2020 – über rund 1 000 solcher zertifizierter IPS-Betten mit Aufstockungspotenzial.<sup>7</sup> Laut neuerer Aussage der SGI «waren und sind» während der Pandemie jedoch konstant «nur» noch 866 zertifizierte Betten vorhanden, wobei das Potenzial der zertifizierten Betten offenbar (sogar während der Covid-19-Pandemie) nicht *annähernd vollständig* ausgeschöpft wird.<sup>8</sup> Es ist zudem (trotz des dauernden öffentlichen Lamentos über Personalmangel) laut SGI «unklar, wie viel Personal fehlt».<sup>9</sup> In der gegenwärtigen Pandemie stehen der Schweizer Bevölkerung, die das Gesundheitswesen finanziert, demnach bemerkenswerterweise nicht nur die – laut SGI *normalerweise* vorhandenen – ca. 1 000 zertifizierten Betten *nicht* zur Verfügung, sondern offenbar nicht einmal (und unter Berücksichtigung einer gewissen Freihaltereserve) nahezu alle der neuerdings massgebenden 866 zertifizierten Betten. Die genauen Gründe und Verantwortlichkeiten (v.a. betreffend Spitalplanung) für diese Ungereimtheiten sind anderenorts zu vertiefen.

---

<sup>7</sup> Medinside, Statistiken zu Intensivbetten sorgen für Verwirrung, 30. Juli 2020 <<https://www.medinside.ch/de/post/statistiken-zu-intensivbetten-sorgen-fuer-verwirrung>>. Zu Beginn der Pandemie präsentierte sich die Situation folgendermassen: «In der Schweiz gibt es per Anfang März 2020 82 von der SGI zertifizierte und anerkannte Intensivstationen. Auf diesen stehen aktuell zwischen 950 und 1 000 Betten zur Verfügung, die in aussergewöhnlichen Situationen an gewissen Standorten aufgestockt werden können» (SGI, Stellungnahme Coronavirus Krankheit 2019 (Covid-19), 11. März 2020, S. 1 <[https://www.sgi-ssmi.ch/de/covid19.html?file=files/Dateiverwaltung/COVID\\_19/Stellungnahmen%20SGI/MSGCM\\_Stellungnahme\\_COVID-19\\_02\\_DE.pdf](https://www.sgi-ssmi.ch/de/covid19.html?file=files/Dateiverwaltung/COVID_19/Stellungnahmen%20SGI/MSGCM_Stellungnahme_COVID-19_02_DE.pdf)>).

<sup>8</sup> «Allerdings [...] werden nie alle zertifizierten Betten auch tatsächlich betrieben». Dies sei auch schon vor der Pandemie so gewesen (Medinside, «Es mangelt an Fachleuten – nicht an Intensivpflegebetten», 8. September 2021 <<https://www.medinside.ch/de/post/es-mangelt-nicht-an-intensivpflegebetten-sondern-an-fachleuten>>). Bei den 866 zertifizierten Betten betrug der Leerbestand am 9. September 2021 laut Bundesamt für Gesundheit (BAG) knapp 20 % (BAG, Covid-19 Schweiz, Informationen zur aktuellen Lage, Stand 9. September 2021 <<https://www.covid19.admin.ch/de/hosp-capacity/icu>>).

<sup>9</sup> Medinside (Fn. 8). Dies betrifft die personellen Ab- und Zugänge während der Pandemie. «Wie prekär der Personalmangel in der Intensivpflege ist, kann die SGI nur aufgrund von Schätzungen sagen. Die SGI rechnet damit, dass rund 10 bis 15 Prozent der Expertinnen Intensivpflege seit Beginn der Pandemie gekündigt und weitere ihr Pensum reduziert haben. Auch Nachwuchs ist nicht in Sicht: 2020 schlossen nur rund 250 Personen die zweijährige Zusatzausbildung für die Intensivpflege ab, das waren laut SGI 50 weniger als noch 2016. Handkehrum stiegen zu Beginn der Pandemie etliche ehemalige Intensivpflegefachleute, die ihrem Beruf eigentlich den Rücken gekehrt hatten, wieder mit viel Motivation ein. Es lässt sich derzeit nicht sagen, ob diese inzwischen bereits wieder ausgestiegen sind oder ob sie weiterarbeiten» (a.a.O.).

### III. Rechtliche Möglichkeiten für die Motivation zur Impfung

#### 1. Vorbemerkung zum öffentlichen Interesse

Dass die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten im öffentlichen Interesse liegt und hierbei auch Grundrechte Dritter (z.B. besonders gefährdeter Personen) beachtlich sind, ist trivial (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 2 BV<sup>10</sup>). Es kommt selbstverständlich auf die *Wahl der Mittel* an. Betreffend Schutz der Grundrechte Dritter ist darauf hinzuweisen, dass besonders gefährdete Personen sich mittlerweile – sicherlich auch dank der Impfung gegen Covid-19 – gut schützen können und das allgemeine Lebensrisiko auch bei Covid-19 nicht ausser Acht gelassen werden kann.<sup>11</sup>

#### 2. Gesetzliche Empfehlungen und gesetzliches Impfblogatorium

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

Nach Art. 9 Abs. 3 EpG<sup>12</sup> unter dem Titel «Information und Informationsaustausch» veröffentlicht das Bundesamt für Gesundheit (BAG) – als Daueraufgabe und grundsätzlich unabhängig von der jeweiligen epidemiologischen Lage – *Empfehlungen* zu Massnahmen gegen übertragbare Krankheiten und zum Umgang mit Krankheitserregern und passt sie regelmässig dem *aktuellen Stand der Wissenschaft* an. Nach Art. 56 Abs. 2 lit. a EpG erarbeitet die Eidgenössische Kommission für Impffragen *Impfempfehlungen* zuhanden des BAG.

Die Bürgerinnen und Bürger sollten ihre Entscheidungen möglichst auf der *Grundlage von angemessenen Informationen* treffen. Insbesondere dort, wo persönliche Entscheidungen und Verhaltensweisen zu *Konsequenzen für die eigene oder für die Gesundheit Dritter* führen können, sollen Handlungsoptionen und Entscheidungsgrundlagen bereitgestellt werden<sup>13</sup> Der Staat braucht sich bei der Herausgabe von Empfehlungen «nicht auf die Mitteilung von Tat-

---

<sup>10</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand am 7. März 2021), SR 101.

<sup>11</sup> Näheres bei KASPAR GERBER, [Drei Leiturteile des Bundesgerichts zu kantonalen Corona-massnahmen](#), in: Jusletter 16. August 2021, N 87.

<sup>12</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG), vom 28. September 2012 (Stand am 25. Juni 2020), SR 818.101.

<sup>13</sup> Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010, BBl 2011 311 368 <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2011/43/de>>.

sachen zu beschränken». Vielmehr kann er aus den mitgeteilten Tatsachen «im Interesse einer wirksamen Verhaltenslenkung der Öffentlichkeit auch selbst wertende Schlussfolgerungen ziehen».<sup>14</sup> Wenn diese unter dem Titel «Information und Informationsaustausch» publizierten Empfehlungen – so sinnvoll sie auch sein mögen – von den Adressaten nicht befolgt werden, darf dies für sie, mangels *gesetzlicher Grundlage*, allerdings keinerlei *unmittelbare grundrechtsrelevante Konsequenzen* haben. Hingegen können Empfehlungen als verwaltungsrechtlicher Realakt bei Privaten zu einem (*finanziellen*) Schaden führen und damit allenfalls eine *Haftung des Staates* auslösen.<sup>15</sup>

Soweit die Nichtbeachtung behördlicher (Impf-)Empfehlungen gegenüber der breiten Bevölkerung *sozialmedizinisch* zum Problem wird, können selbstverständlich *rechtlich klar normierte Massnahmen* gemäss EpG und Covid-19-Gesetz<sup>16</sup> ergriffen werden.

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

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

---

<sup>14</sup> BBl 2011 311 (Fn. 13) 368.

<sup>15</sup> BBl 2011 311 (Fn. 13) 368.

<sup>16</sup> Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 25. September 2020 (Stand am 2. September 2021), SR 818.102; zu den Massnahmen gemäss Covid-19-Gesetz GERBER (Fn. 11), N 93–100.

<sup>17</sup> «Die Möglichkeit, ein Impfblogatorium anzuordnen bei gefährdeten Bevölkerungsgruppen, bei besonders exponierten Personen und bei Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben (z. B. Arbeit auf bestimmten Abteilungen in Spitälern oder in Heimen) ergibt sich aus dem geltenden Epidemiegengesetz (Art. 6 Abs. 2 Bst. d EpG). Das vorgesehene Covid-19-Gesetz enthält keine diesbezügliche Grundlage. Ein Impfblogatorium bedeutet nicht das Gleiche wie ein Impfwang. Weder besteht eine gesetzliche Grundlage, gestützt auf die jemand unter Zwang geimpft werden könnte, noch ist eine solche im Covid-19-Gesetz oder in einem anderen Erlass vorgesehen» (Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 12. August 2020 [BBl 2020 6563](https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1669/de) 6581 <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1669/de>>). GERBER (Fn. 11), N 96 mit weiteren Nachweisen.

Die gesetzliche Grundlage für ein Impfblogatorium ist ebenso wenig via Verbindlicherklärung der Impfempfehlungen des BAG<sup>18</sup> zu erreichen (Art. 4 Covid-19-Verordnung besondere Lage<sup>19</sup>). Dies wäre eine *unzulässige Subdelegation* von direkt grundrechtsrelevanten Rechtssetzungsbefugnissen an das BAG (Eingriff in die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV; [Ziffer IV.5](#) hinten).<sup>20</sup>

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

## IV. Das Covid-19-Zertifikat und die Impfung gegen Covid-19

### I. Der Begriff «Zertifikat»

Ein Zertifikat ist in der Hauptbedeutung eine (amtliche) Bescheinigung, eine Beglaubigung, ein Zeugnis über eine abgelegte Prüfung oder ein Diplom.<sup>21</sup> Das Zertifikat belegt also irgendeine *besondere Qualifikation*. So führt etwa die Swiss Insurance Medicine (SIM) Lehrgänge durch, an deren Ende «zertifizierte Fachpersonen»<sup>22</sup> gekürt werden. Aber auch *Gegenstände*, wie die erwähnten Intensivbetten, können für Spezialzwecke *zertifiziert* werden. Ebenfalls werden gelegentlich bestimmte Sachwaren, z.B. Kühlschränke oder sogar Mineralwasser, vorwiegend mit *Umweltverträglichkeits-, Energie-, Klima- oder*

---

<sup>18</sup> «Wir empfehlen Ihnen, sich gegen das Coronavirus impfen zu lassen» (BAG, Coronavirus: So schützen wir uns <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/so-schuetzen-wir-uns.html>>).

<sup>19</sup> Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage) vom 23. Juni 2021 (Stand am 13. September 2021), SR 818.101.26.

<sup>20</sup> Dazu KASPAR GERBER, [Covid-19: Bundesrechtliche Voraussetzungen für die Anordnung der Quarantäne bei engem Kontakt mit einer infizierten Person](#), in: Jusletter Coronavirus-Blog vom 6. Dezember 2020, Ziffer 2.3.

<sup>21</sup> Duden Online, Suchwort «Zertifikat» <<https://www.duden.de/rechtschreibung/Zertifikat>>.

<sup>22</sup> Swiss Insurance Medicine (SIM), Zertifizierte Fachpersonen <<https://www.swiss-insurance-medicine.ch/de/zertifizierte-fachpersonen>>.

CO<sub>2</sub>-«Labels» ausgestattet. Mit dem Covid-19-Zertifikat wird neu, so scheint es, auch beim Menschen die individuelle Sozialverträglichkeit – zumindest betreffend Covid-19 – mit einem «Diplom» für vorbildliches Verhalten gegenüber dem Kollektiv «belohnt». Das Covid-19-Zertifikat bringt in dessen Anwendungsbereich immerhin *eine* Normalität zurück: Durch den Wegfall der Maskenpflicht und des Abstandsgebots dürfen ausser das Coronavirus wieder sämtliche anderen im Alltagskontakt übertragbaren Krankheitserreger bis an die Grenze der strafrechtlich relevanten Körperverletzung verbreitet werden.

Der Zweck des Zertifikats ist bei Lichte besehen ebenso klar wie (für schweizerische Verhältnisse) gewöhnungsbedürftig: Menschen, die bestimmte *biologische Unbedenklichkeitsmerkmale* («geimpft, getestet, genesen») nicht erfüllen, werden seit dem 13. September 2021 in den *kommenden kälteren Jahreszeiten* mit weniger Ausweichmöglichkeiten nach draussen bereits von *niederschwelligen gesellschaftlichen Aktivitäten* (Restaurantbesuchen usw.) ausgesperrt.<sup>23</sup> Damit wird insoweit die Ausübung des Grundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) an die Bedingung des Zertifikats geknüpft (dazu [Ziffer IV.5](#) hinten).

## 2. «Impfdruck» aufgrund des Covid-19-Zertifikats

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

## 3. Folgen der Pflicht zur Selbstzahlung von Tests

Eine weitere Intensivierung der staatlichen Einflussnahme auf das Impfverhalten der Bevölkerung folgt im kommenden Oktober: Der Bundesrat hat entschieden, dass Personen, die ein Zertifikat erhalten wollen, die dazu notwendigen Tests ab 1. Oktober 2021 selbst bezahlen müssen.<sup>24</sup> Der PCR-Test kostet ca.

---

<sup>23</sup> Personen ohne Zertifikat «sind aufzufordern, das Lokal zu verlassen, und, analog zur Alkoholabgabe an Minderjährige, nicht zu bedienen» (BAG, FAQ – Prüfung der Covid-Zertifikate, 8. September 2021, S. 2 <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/68147.pdf>>).

<sup>24</sup> Bundesrat, FAQ – Anpassung nationale Teststrategie, 25. August 2021 <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/67971.pdf>>.

148 Franken, der Antigen-Schnelltest ca. 54 Franken.<sup>25</sup> Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass solche Preise bis weit in den Mittelstand hinein über die Zeit *kaum bezahlbar* sind. Man stelle sich z.B. einen ungeimpften «Büezer» vor, der sich für sein Mittagessen oder Feierabendbier im Innern seiner Stammbeiz wöchentlich mehrfach testen lassen müsste. Der Impfdruck betrifft daher Menschen mit niedrigerem sozioökonomischem Status am meisten. Dadurch wird eine *nur bedingt nachvollziehbare Ungleichbehandlung* der Bevölkerung geschaffen (Art. 8 Abs. 1 BV). Zwar sind gewisse Gesundheitsbeeinträchtigungen in dieser Bevölkerungsgruppe tendenziell häufiger. Es ist jedoch nicht hinreichend begründbar, im Zusammenhang mit dem Lebensrisiko Covid-19 Bevölkerungsteile mit eher niedrigem Einkommen generell als «gefährdete Bevölkerungsgruppe» gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d EpG einzustufen. Die Hauptrisikogruppen sind nach wie vor «ältere Menschen, schwangere Frauen und Erwachsene mit Trisomie 21 oder mit bestimmten Formen chronischer Krankheiten» (siehe dazu auch [Ziffer IV.4](#) hinten).<sup>26</sup>

Das Ende der Kostenübernahme der für das Zertifikat notwendigen Tests führt als Spiegelbild der staatlichen «Lenkungsabgabe», die grundsätzlich eine formell-gesetzliche Grundlage benötigt,<sup>27</sup> im Ergebnis zu einer staatlich induzierten «Lenkungsabgabe»: Der Staat zwingt Bürgerinnen und Bürger zu einer *bestimmten finanziellen Belastung* (Kosten für die Tests), welche viele Menschen auch aus dem Mittelstand kaum über mehrere Wochen oder Monate tragen können oder wollen. Um eben dieser *prohibitiv hohen* finanziellen Belastung zu entgehen, schreiten sie, um der Sanktion der eingeschränkten Bewegungsfreiheit (siehe [Ziffer IV.5](#) hinten) zu entgehen, «aus pragmatischen Gründen»<sup>28</sup> zur Impfung.

---

<sup>25</sup> Siehe hierzu z.B. die Angaben der Passage Apotheke AG, Frauenfeld <<https://www.passageapotheke.ch/corona-test>>. Für die aktuelle detaillierte Regelung der Vergütung von Covid-19-Testungen siehe Art. 26 und 26a und Anhang 6 der Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 3) vom 19. Juni 2020 (Stand am 13. September 2021), SR 818.101.24.

<sup>26</sup> BAG, Coronavirus: Besonders gefährdete Personen <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung/besonders-gefaehrdete-menschen.html>>.

<sup>27</sup> Der Staat erhebt vor allem im Umweltbereich verschiedene sog. Lenkungsabgaben. Deren Ziel ist nicht die Einnahmenbeschaffung, sondern die Verhaltenslenkung. Zum Ganzen: ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, 7., neu bearbeitete Auflage von Professor Dr. Peter Locher, 2016, S. 7–10.

<sup>28</sup> Schweizer Radio und Fernsehen (SRF), Michael Hermann: «Jetzt lassen sich die Pragmatiker impfen», Tagesschau vom 10. September 2021 <<https://www.srf.ch/play/tv/redirect/detail/29228cd2-1d97-403a-8440-5412819eb5a5>>.

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

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

#### 4. Betroffene Bevölkerungsgruppen

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

#### 5. Impfblogatorium vs. Impfwang

Für die Bejahung eines (zulässigen oder unzulässigen) Impfblogatoriums ist nicht von Belang, ob die fragliche Impfung letztlich *tatsächlich* durchgeführt wird oder nicht. Auch mit dem «ordentlichen» Impfblogatorium nach Art. 6

---

<sup>29</sup> Urteil des Bundesgerichts 1C\_653/2017 vom 12. März 2019 E. 2.2 m.w.H.

<sup>30</sup> BAG (Fn. 26).

Abs. 2 lit. d EpG ist kein eigentlicher Impfwang mit *physischen Zwangsmassnahmen* wie bei der Zwangsmedikation verbunden. Art. 38 Abs. 3 EpV<sup>31</sup> hält denn auch klar fest, dass ein Impfblogatorium zeitlich befristet sein muss und die Impfung nicht mittels physischem Zwang erfolgen darf. Die blossige Weigerung, sich trotz Impfblogatoriums gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d EpG nicht impfen zu lassen, ist zudem auch *nicht strafbewehrt* (vgl. Art. 83 EpG). Es genügt für die Annahme des Impfblogatoriums, dass die betreffende nicht geimpfte Person (erhebliche) Nachteile zu gewärtigen hat, wie z.B. Versetzung oder gar Freistellung am Arbeitsplatz. Möglich sind – grundsätzlich *unabhängig* vom Impfstatus – höchstens *individuelle Zwangsmassnahmen* gemäss Art. 31–38 EpG.

Nach einem Teil der Lehre gilt als «Zwang» im Sinne des Impfwangs nicht nur physischer Zwang, sondern gelten sämtliche Erscheinungsformen verwaltungsrechtlicher Sanktionen als Zwang, die geeignet sind, die selbstbestimmte (grundrechtlich und epidemiengesetzlich geschützte) Wahlfreiheit des Individuums gegen eine Impfung zu übersteuern, z.B. Bussen, die beabsichtigen, Druck auf die Adressaten auszuüben, um eine Impfbereitschaft zu «erzwingen».<sup>32</sup> Diese Sichtweise ist *mutatis mutandis* nach hier vertretener Auffassung vorliegend mehr als einschlägig: Gleichzeitig mit der Covid-19-Zertifikatspflicht «konfisziert» der Staat einen Teil des Grundrechts der persönlichen Freiheit (freier Zugang zu Innenräumen öffentlich zugänglicher Einrichtungen) und verhängt dadurch die *klar definierte* Sanktion schon *a priori* und *erga omnes* über 16 Jahren. Sobald das Covid-19-Zertifikat und damit immer auch *höchstpersönliche medizinische Daten* vorgelegt werden, erhält die betreffende Person den suspendierten Teil der persönlichen Freiheit zurück. Das Covid-19-Zertifikat ist demnach die *Resolutivbedingung* für die Wiederherstellung der vorgängig eingeschränkten persönlichen Freiheit. So wird im dargelegten Sinn ein *Impfwang* etabliert. Dabei wird für die Erlangung des Zertifikats die Testmöglichkeit gegenüber der Impfung, wie erörtert (*Ziffern IV.2–IV.3* vorne), in unzulässiger Weise *erschwert* bis in gewissen Fällen (primär aus finanziellen Gründen) *verunmöglicht*. Ein solches Sanktionsregime findet weder im EpG noch im Covid-19-Gesetz eine *hinreichende Grundlage*.

---

<sup>31</sup> Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienverordnung, EpV) vom 29. April 2015 (Stand am 1. September 2021), SR 818.101.1.

<sup>32</sup> KERSTIN NOËLLE VOKINGER/NOAH ROHNER, Impfblogatorium und Impfwang – eine staatsrechtliche Würdigung, recht (Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis), 2020, Ziffer IV <<https://recht.recht.ch/de/artikel/01rechtenlinefirst0220abh/impfblogatorium-und-impfwang-eine-staatsrechtliche-wurdigung>>. Die Autoren halten dafür: «Der Impfwang ist eine qualifizierte Form des Impfblogatoriums, die darauf abzielt, die Befolgung einer Impfpflicht unmittelbar mit verwaltungsrechtlichen Sanktionen sicherzustellen» (a.a.O.).

## 6. Niederschwellige Testmöglichkeit

Die *ratio legis* der Ausdehnung des Covid-19-Zertifikats ist offenkundig, die Übertragung von Covid-19 möglichst zu reduzieren.<sup>33</sup> Die Übertragung setzt voraus, dass eine Person Krankheitserreger *ausscheidet* und dadurch eine *direkte oder indirekte Ansteckungsquelle* für andere Personen sein kann.<sup>34</sup> Nun können auch Geimpfte, wenn auch gegenüber Ungeimpften in weit geringerem Mass, «das Virus in einigen Fällen weitergeben».<sup>35</sup> Ob eine geimpfte oder eine getestete Person *in concreto* das Coronavirus mit *höherer Wahrscheinlichkeit* auf andere Menschen übertragen kann, muss hier offenbleiben. Allerdings verlangt es das Verhältnismässigkeitsprinzip, dass die Testmöglichkeit als gegenüber der Impfung *milderes Mittel*, um die gewünschte «Coronavirenfreiheit» zu belegen, weiterhin *niederschwellig* zur Verfügung stehen muss. Dies ist nicht (mehr) der Fall, wenn die für das Covid-19-Zertifikat notwendigen Tests zu den genannten Beträgen selber bezahlt werden müssen. Korrekterweise ist hier freilich einzugestehen, dass sich unabhängig von der finanziellen Anreiz- bzw. Drucksituation *im Einzelfall*, sich impfen zu lassen oder nicht, auch übergeordnete Fragen der (öffentlichen) Finanzierung von Impfungen und Tests stellen, die gelegentlich auf die (zu) einfache Formel reduziert werden: «Die Impfung ist gratis, es ist also kein Problem, wenn die Tests kostenpflichtig sind.» Eine einlässliche Bearbeitung dieses Themas muss hier aus Platzgründen unterbleiben.

## 7. Dauer des Covid-19-Zertifikats

Das *Rechtsgleichheitsgebot* bzw. das *Diskriminierungsverbot* gebietet es schliesslich, dass das Covid-19-Zertifikat für Genesene auch über die bisher

---

<sup>33</sup> «Das Zertifikat dokumentiert eine Covid-19-Impfung, eine durchgemachte Erkrankung oder ein negatives Testergebnis. Weil damit nur noch Personen zusammentreffen, die nicht ansteckend sind oder ein geringes Risiko aufweisen, ansteckend zu sein, wird das Übertragungsrisiko stark reduziert» (Bundesrat [Fn. 1]).

<sup>34</sup> Zum Begriff: BBl 2011 311 (Fn. 13) 452.

<sup>35</sup> «Befolgen Sie weiterhin die Hygiene- und Verhaltensregeln und die Vorgaben zur Maskenpflicht. Dies, weil auch geimpfte Personen in einigen Fällen das Virus auf andere Personen übertragen können. Aber bei geimpften Personen ist die Wahrscheinlichkeit, sich mit dem Coronavirus zu infizieren deutlich geringer als bei ungeimpften Personen. Damit ist auch das Risiko einer Übertragung auf andere Personen geringer» (BAG, Coronavirus: Häufig gestellte Fragen (FAQ), Muss ich immer noch in Quarantäne, wenn ich geimpft bin? <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/haeufig-gestellte-fragen.html?faq-url=/covid/de/impfung/muss-ich-immer-noch-quarantaene-wenn-ich-geimpft-bin>>).

maximal 180 Tage nach dem positiven Testresultat<sup>36</sup> hinaus Geltung beanspruchen muss, wenn die «Genesenen» *laborchemisch* nachweisen können, dass sie über *denselben Immunstatus* verfügen wie Geimpfte (Antikörper usw.).<sup>37</sup> Ganz allgemein sollte für die Frage nach der erreichten «Herdenimmunität» nicht nur die Durchimpfungsrate massgebend sein, sondern die (mit gleicher Sorgfalt wie die Impfrate unter der Bevölkerung erhobene) *Immunität von Genesenen*. Sollte sich überdies erhärten, dass die Schutzwirkung der Impfung gegen Covid-19 nicht so lange dauert, wie ursprünglich angenommen, müsste die Geltungsdauer von 365 Tagen ab Verabreichung der letzten Impfdosis<sup>38</sup> zumindest künftiger Zertifikate für Geimpfte *entsprechend reduziert* werden.

## V. Fazit

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

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

---

<sup>36</sup> Für genesene Personen: «Die Gültigkeit beginnt ab dem 11. Tag nach dem positiven Testresultat und dauert ab dem Testresultat 180 Tage» (BAG, Coronavirus: Covid-Zertifikat, <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/covid-zertifikat.html>>).

<sup>37</sup> Vgl. dazu REINER EICHENBERGER, Covid-19 - Was soll die Zertifikatspflicht? Das Spiel ist sowieso aus, Handelszeitung <[https://www.handelszeitung.ch/politik/was-soll-die-zertifikatspflicht-das-spiel-ist-sowieso-aus?utm\\_source=twitter&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=share-button](https://www.handelszeitung.ch/politik/was-soll-die-zertifikatspflicht-das-spiel-ist-sowieso-aus?utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_campaign=share-button)>.

<sup>38</sup> Für geimpfte Personen: «365 Tage ab Verabreichung der letzten Impfdosis» (BAG [Fn. 36]).

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

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

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

# Beweisfragen



# Drei Leiturteile des Bundesgerichts zu kantonalen Coronamassnahmen\*

## Bedeutung für die laufende und die künftige Bekämpfung der Covid-19-Pandemie

### I. Einleitung

Das Bundesgericht äusserte sich in drei zur Publikation vorgesehenen Urteilen zur Kompetenz von Kantonen zum Erlass von Massnahmen gegen das Coronavirus. Die heute nicht mehr gültigen Verordnungsregelungen aus dem Jahr 2020 zur Einschränkung von Veranstaltungen im Kanton Schwyz und zur Maskentragpflicht (nachfolgend «Maskenpflicht») in Geschäften im Kanton Freiburg waren nicht zu beanstanden. Es bestand eine ausreichende gesetzliche Grundlage und die Massnahmen waren verhältnismässig.<sup>1</sup> Da die erwähnten Bundesgerichtsurteile zwar nicht mehr in Kraft stehende kantonale Regelungen betreffen, sich die Covid-19-Pandemie jedoch nach wie vor sehr dynamisch entwickelt, gilt es, die rechtliche Quintessenz der Urteile für gegenwärtige und künftige Coronamassnahmen in kompakter Weise herauszuarbeiten.

### II. Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021

#### 1. Sachverhalt

Der Regierungsrat des Kantons Schwyz erliess am 14. Oktober 2020 die Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie. Die Verordnung stützte sich gemäss ihrem Ingress auf Art. 40 EpG<sup>2</sup> sowie Art. 8 der (eidgenössischen) Covid-19-Verordnung besondere Lage.<sup>3</sup> Die Massnahmen betrafen im Wesentlichen die Maskenpflicht (§ 2-4) sowie Schutzkonzepte (§ 5) (Lit. B). Die Verordnung wurde in der Folge mehrfach geändert. Am

---

\* Erschienen in: Jusletter vom 16. August 2021.

<sup>1</sup> Bundesgericht, Medienmitteilung vom 21. Juli 2021 <[https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/2c\\_0793\\_2020\\_2021\\_07\\_21\\_d.pdf](https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/2c_0793_2020_2021_07_21_d.pdf)>.

<sup>2</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012 (Stand am 25. Juni 2020), SR 818.101.

<sup>3</sup> Seinerzeit massgebende Fassung der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage), SR 818.101.26 (gegenwärtig: Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 23. Juni 2021 [Stand am 26. Juni 2021]).

25. Oktober 2020 wurden § 2 und § 3 (Maskenpflicht) erneut angepasst. Ein neuer § 5 enthielt nun (die Teilnehmerzahl einschränkende) Vorschriften über private und politische Veranstaltungen (Lit. C).

Der Beschwerdeführer erhob am 5. November 2020 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz mit dem hauptsächlichen Antrag, die Verordnung sei aufzuheben. Er rügte, die Verordnung greife in Grundrechte ein; dafür brauche es eine formell-gesetzliche Grundlage; der Regierungsrat sei dafür nicht zuständig. Mit Entscheid vom 10. November 2020 trat das Verwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht ein und überwies diese zuständigkeitshalber ans Bundesgericht (Lit. D).

Der Beschwerdeführer erhob am 4. Januar 2021 eine weitere Beschwerde an das Bundesgericht mit dem Antrag, der Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 10. November 2020 sei aufzuheben (Lit. E). Danach wurde die Verordnung erneut geändert (Lit. F).

## 2. Aus den Erwägungen

Laut den Ausführungen des Bundesgerichts ist das Verwaltungsgericht zu Recht nicht auf die Beschwerde eingetreten. Es sei «nicht zuständig für eine inhaltliche Überprüfung der Verordnung» und habe «sich nicht mit den vom Beschwerdeführer erhobenen Rügen auseinandersetzen» können und dürfen (E. 1.4).

Die Beschwerde gegen die Verordnung vom 14. Oktober 2020 sei rechtzeitig am 5. November 2020 beim unzuständigen Verwaltungsgericht eingereicht und von diesem richtigerweise dem Bundesgericht übermittelt worden (Art. 48 Abs. 3 Satz 2 BGG<sup>4</sup>). Die Beschwerde gegen die Verordnung sei zulässig (E. 2.1).

Anfechtungsobjekt vor Bundesgericht war die «Verordnung in der Fassung im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung mit den zu diesem Zeitpunkt geltenden Massnahmen (Maskenpflicht; Schutzkonzept; Einschränkung von Veranstaltungen)». Die vom Beschwerdeführer aufgeworfene Grundsatzfrage, ob die Kantonsregierung befugt sei, zur Bekämpfung von Epidemien Verordnungen zu erlassen, mit denen in Grundrechte eingegriffen werde, könnte «sich aber mit erheblicher Wahrscheinlichkeit auch in Zukunft stellen». Es rechtfertige sich daher, auf das Erfordernis des aktuellen Interesses zu verzichten und auf die Beschwerde einzutreten «unter Vorbehalt des Folgenden» (E. 2.3.2).

---

<sup>4</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (Stand am 1. Januar 2021), SR 173.110.

Das Bundesgericht wies auf die geltende qualifizierte Rügepflicht hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht hin (E. 2.4). Der Beschwerdeführer habe «in hinreichender Weise» gerügt, der Regierungsrat sei nicht zuständig zum Erlass der angefochtenen Verordnung, da diese in verfassungsmässige Grundrechte (persönliche Freiheit, Versammlungsfreiheit) eingreife (E. 2.4.1). Das Bundesgericht prüfte diese Frage (E. 3).

Zum Inhalt der Verordnung brachte der Beschwerdeführer nur vor, es bestehe die Gefahr, dass die angeordnete Maskenpflicht gesundheitliche Schäden verursache; diese Risiken würden «an der öffentlichen Verhandlung dargelegt», deren Durchführung der Beschwerdeführer beantragte. Damit genüge «er seiner Begründungs- und Rügepflicht nicht». Das Bundesgericht ging – auch aus weiteren Gründen – auf die einzelnen Massnahmen nur insoweit ein, als dies erforderlich war, um die Zuständigkeitsfrage zu prüfen (E. 2.4.2).

Das vom Beschwerdeführer beantragte Gutachten über die gesundheitlichen Folgen der Maskenpflicht erübrigte sich, da die Maskenpflicht materiell nicht zu prüfen war. Auch weitere Beweismassnahmen drängten sich gemäss Bundesgericht nicht auf, da sich in Bezug auf die Zuständigkeitsthematik einzig *Rechtsfragen* stellten (E. 2.5).

Das Bundesgericht legte eingehend die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für die Einschränkungen von Grundrechten nach Art. 36 Abs. 1 BV<sup>5</sup> dar. Schwerwiegende Einschränkungen müssten «im Gesetz selbst (d.h. im formellen Gesetz) vorgesehen sein». Ausgenommen seien «Fälle ernster, un-mittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr». Für leichte Eingriffe reiche «eine Grundlage im kompetenzgemäss erlassenen Ordnungsrecht». Insbesondere hielt das Bundesgericht für den hier interessierenden Zusammenhang fest, dass «bei polizeilichen Massnahmen, die gegen schwer vorher-sehbare Gefährdungen angeordnet» würden «und situativ den konkreten Ver-hältnissen anzupassen» seien, «der Natur der Sache nach Abstriche an der Genauigkeit der gesetzlichen Grundlage akzeptiert werden» müssten. Bei unbestimmten Normen komme «dafür dem Verhältnismässigkeitsprinzip besondere Bedeutung zu»: Wo die «Unbestimmtheit von Rechtssätzen zu einem Verlust an Rechtssicherheit» führe, müsse «die Verhältnismässigkeit umso strenger geprüft werden» (E. 3.1.2).

Das Bundesgericht bejahte, dass die in der angefochtenen Verordnung (ur-sprünglich) enthaltenen Massnahmen zumindest teilweise schwere Grund-rechtseinschränkungen darstellten. Namentlich sei das generelle Verbot für

---

<sup>5</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand am 7. März 2021), SR 101.

Veranstaltungen von mehr als zehn bzw. 30 Personen (§ 5 der Verordnung in der Fassung vom 25. Oktober 2020 und 30. Oktober 2020) ein «schwerer Eingriff in die Versammlungsfreiheit». Es setze somit «eine formell-gesetzliche Grundlage voraus» (E. 3.2).

Das Bundesgericht kam nach der Analyse der einschlägigen interkantonalen Regelungen zum Schluss, dass der Regierungsrat zum Erlass der Verordnung zuständig war, «wenn sich diese als Vollzugsverordnung zum EpG qualifizieren lässt» (E. 3.4 und 3.5).

Es hielt im Rahmen der Darlegung der Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen dafür, dass «der Vollzug des EpG den Kantonen» obliege, «soweit nicht der Bund zuständig» sei (Art. 75 EpG) auch für die vom Bundesrat nach Art. 6 oder 7 EpG erlassenen Massnahmen (Art. 102 Abs. 2 EpV<sup>6</sup>). Die Botschaft zum EpG sei davon ausgegangen, «dass das Bundesgesetz selber die erforderliche gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe» schaffe (E. 3.6.1).

Die Anordnung von «Massnahmen gegenüber der Bevölkerung und bestimmten Personengruppen» nach Art. 40 EpG erfolgt laut Bundesgericht «in aller Regel nicht durch individuell-konkrete Verfügungen, sondern durch Allgemeinverfügungen oder – wie hier – durch generell-abstrakte Rechtssätze». Würden sie «in Form einer Verordnung ergehen», handle «es sich dabei um eine Vollziehungsverordnung, wozu im Kanton Schwyz der Regierungsrat aufgrund des Gesagten (vorne [E. 3.5](#)) zuständig» sei. Einer zusätzlichen formell-gesetzlichen Grundlage auf kantonaler Ebene bedürfe «es in diesem Fall nicht» (E. 3.6.3). Voraussetzung dafür sei, dass Art. 40 EpG hinreichend bestimmt sei, sodass die angefochtene Verordnung als Vollziehungsverordnung zulässig sei (E. 3.7).

Vollziehungsverordnungen hätten «den Gedanken des Gesetzgebers durch Aufstellung von Detailvorschriften näher auszuführen und auf diese Weise die Anwendbarkeit der Gesetze zu ermöglichen». Sie dürften «dem Bürger keine neuen, nicht schon aus dem Gesetz folgenden Pflichten auferlegen, und zwar selbst dann nicht, wenn dies durch den Gesetzeszweck gedeckt wäre» (E. 3.7.1).

Art. 40 Abs. 1 EpG sei «sehr unbestimmt formuliert». Die einzige Schranke liege darin, dass die angeordneten Massnahmen dazu dienen müssten, die «Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern». Die in Art. 40 Abs. 2 EpG genannten Massnahmen seien «nicht abschliessend». Das Bundesgericht habe daraus gefolgert, dass «eine gemäss kantonalem Recht für den Vollzug des EpG zuständige Kantonsregierung auch weitere Massnahmen wie eine Verschie-

---

<sup>6</sup> Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienverordnung, EpV) vom 29. April 2015 (Stand am 1. Juni 2021), SR 818.101.1.

bung von kommunalen *Wahlen* anordnen» könne. Ob diese formell-gesetzliche Grundlage für sich allein hinreichend bestimmt sei «für beliebige Grundrechtseingriffe», könne vorliegend offenbleiben. Denn jedenfalls fänden «die in Art. 40 Abs. 2 lit. a–c EpG ausdrücklich genannten Massnahmen im formellen Gesetz eine hinreichend bestimmte Grundlage»; zwar gewähre «das Gesetz den anordnenden Behörden einen erheblichen Spielraum»; es regle «nur die *Zielsetzung* (die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern) und die *Rechtsfolge* (Anordnung der genannten Massnahmen), nicht aber die *Voraussetzungen*, die erfüllt sein» müssten, «damit solche Massnahmen angeordnet werden» könnten. Angesichts der «Natur der drohenden Gefahren und der fehlenden Vorhersehbarkeit der geeigneten Massnahmen» sei «ein gewisser Ermessensspielraum der vollziehenden Behörden im Bereich der Epidemienbekämpfung aber unvermeidlich und verfassungsrechtlich zulässig»: Bei «neu auftretenden Infektionskrankheiten» bestehe «typischerweise eine hohe Unsicherheit über Ursachen, Folgen und geeignete Bekämpfungsmassnahmen». Die zu treffenden Massnahmen könnten daher «nicht im Voraus mit Bestimmtheit gesetzlich festgelegt werden, sondern müssten aufgrund des jeweils aktuellen, in der Regel unvollständigen Kenntnisstandes getroffen werden, was einen gewissen Spielraum der zuständigen Behörden» voraussetze (E. 3.7.2).

Nach diesen Kriterien fänden «die in der angefochtenen Verordnung (ursprünglich) enthaltenen Massnahmen in Art. 40 EpG eine hinreichende formell-gesetzliche Grundlage» nach Art. 36 Abs. 1 BV (E. 3.8). Insgesamt betrachtete das Bundesgericht die Bestimmungen der angefochtenen Verordnung als «zulässigen Gegenstand von Vollzugsverordnungen, zu deren Erlass der Regierungsrat zuständig» sei (E. 3.9).

Das betraf zunächst die Einschränkungen von Veranstaltungen (§ 5 der Verordnung in der Fassung vom 25. Oktober und 30. Oktober 2020), welche «sich auf die ausdrückliche Regelung in Art. 40 Abs. 2 lit. a EpG stützen» könnten. Es gelte aber «auch für die vom Beschwerdeführer kritisierte Maskenpflicht an Veranstaltungen oder in Betrieben»: Wenn Veranstaltungen verboten oder eingeschränkt (Art. 40 Abs. 2 lit. a EpG) und Schulen, öffentliche Institutionen und private Unternehmen geschlossen werden könnten (Art. 40 Abs. 2 lit. b EpG), dann sei «es *e maiore minus* auch zulässig, diese Veranstaltungen oder Institutionen nicht zu schliessen, sondern offen zu lassen unter der Voraussetzung, dass bestimmte *Sicherheitsmassnahmen* getroffen» würden: Der Grundrechtseingriff wiege «weniger schwer als das vollständige Verbot oder die vollständige Schliessung» und diene «demselben Zweck». Dasselbe gelte auch für die in § 5 der Verordnung (ursprüngliche Fassung) enthaltenen Anfor-

derungen an ein Schutzkonzept. Mangels qualifizierter Rügen des Beschwerdeführers erübrigte es sich allerdings für das Bundesgericht, die Massnahmen «im Einzelnen auf ihre Verhältnismässigkeit hin zu überprüfen» (E. 3.8.1).

§ 4 der Verordnung (aktuelle Fassung), der auf die Vorgaben des Bildungsdepartements verweise, enthalte «selber keine materiellen Regelungen und schon gar nicht Regelungen, die der Gesetzesform bedürften» (E. 3.8.2).

Auch die in § 6 der angefochtenen Verordnung enthaltene Strafbestimmung sei «nach Massgabe von Art. 83 Abs. 1 lit. j und Abs. 2 EpG unter dem Aspekt der Gewaltenteilung und der gesetzlichen Grundlage nicht zu beanstanden» (E. 3.8.3).

Das Bundesgericht wies die Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 10. November 2020 ab, ebenso die Beschwerde gegen die Verordnung vom 14. Oktober 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, soweit darauf einzutreten war.

### 3. Bemerkungen

#### 3.1. Regelungsgehalt von Art. 40 EpG

Besonders interessant sind die bundesgerichtlichen Ausführungen zum Regelungsgehalt von Art. 40 EpG, einem der wichtigsten Artikel des EpG für bundesrätlich angeordnete Massnahmen in der gegenwärtigen besonderen Lage.

Laut der bundesrätlichen Botschaft zum Epidemiengesetz enthält dessen Art. 40 verschiedene Massnahmen für das «Social Distancing».<sup>7</sup> Nicht erwähnt werden die «invasiven» Massnahmen wie z.B. Tests. Das Bundesgericht begründet im hier besprochenen Urteil die grundsätzliche Zulässigkeit der Maskenpflicht an Veranstaltungen oder in Betrieben «*e maiore minus*» als mildere Alternative zu Betriebsschliessungen (E. 3.8.1). Die Botschaft zu Art. 40 Abs. 2 EpG erwähnt explizit Hygienemassnahmen im Sinne «besonderer Vorschriften zum Betrieb» für Schulen oder andere öffentliche Anstalten und private Unternehmen nach Art. 40 Abs. 2 lit. b EpG.<sup>8</sup> Dazu gehören auch Mas-

---

<sup>7</sup> KASPAR GERBER, «[Circuit Breakers](#)», in: Jusletter Coronavirus-Blog vom 21. Oktober 2020, [Ziffer II](#).

<sup>8</sup> Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG), BBl 2011 392.

ken.<sup>9</sup> Masken greifen jedoch direkt im Gesicht in die «Biosphäre» des Menschen ein und verändern zudem sein äusseres Erscheinungsbild in – aufgrund der Maskenpflicht – nahezu unausweichlichen Situationen des normalen gesellschaftlichen Lebens. Die Maskenpflicht bedeutet daher einen *erheblicheren Eingriff* in die persönliche Freiheit als z.B. das kurzfristige Tragen von Über- oder Handschuhen oder Händedesinfektion usw.<sup>10</sup> Dies ist im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Maskenpflicht zu berücksichtigen.

Die ausserordentliche Lage nach Art. 7 EpG ist für eine «Worst-Case-Pandemie» (Spanische Grippe 1918), die besondere Lage nach Art. 6 EpG demgegenüber für eine moderate Influenzapandemie, H1N1 oder SARS ausgelegt.<sup>11</sup> Die vom Bundesgericht nach Art. 40 Abs. 2 EpG als rechtskonform qualifizierte Verschiebung eines kantonalen Wahlgangs im Tessin (E. 3.7.2) fand am 18. März 2020 und damit in der am 16. März 2020 ausgerufenen schweizweiten (und folglich auch im Kanton Tessin geltenden) «ausserordentlichen Lage» nach Art. 7 EpG statt.<sup>12</sup> Ebenfalls in der ausserordentlichen Lage nach Art. 7 EpG hat der Bundesrat am 18. März 2020 beschlossen, auf die Durchführung der angeordneten eidgenössischen Volksabstimmung vom 17. Mai 2020 zu verzichten.<sup>13</sup> Nach Art. 23 Abs. 1 der (in der gegenwärtigen besonderen Lage nach Art. 6 EpG massgebenden) Covid-19-Verordnung besondere Lage trifft der Kanton unter bestimmten Voraussetzungen zusätzliche Massnahmen nach

---

<sup>9</sup> KASPAR GERBER, «Maskenpflicht» im öffentlichen Verkehr – Kurzbetrachtung zum Verhältnis von wissenschaftlicher Evidenz und Corona-Massnahmen, am Beispiel der ab 6. Juli 2020 geltenden «Maskenpflicht» im öffentlichen Verkehr, Jusletter Coronavirus-Blog vom 9. Juli 2020, [Ziffer V.2.](#)

<sup>10</sup> GERBER (Fn. 9), [Ziffer V.1.](#)

<sup>11</sup> Bundesamt für Gesundheit (BAG), Normale, besondere und ausserordentliche Lage, Faktenblatt vom 28. Februar 2020, S. 2 <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/60477.pdf>>; BBl 2011 (Fn. 8) 362–365.

<sup>12</sup> Mit einem Exekutivdekret vom 18. März 2020 ordnete der Staatsrat des Kantons Tessin an, die für den 5. April 2020 angesetzten Kommunalwahlen für den Zeitraum 2020–2024 abzusagen und auf Sonntag, 18. April 2021, zu verschieben (Urteil des Bundesgerichts 1C\_169/2020 vom 22. Dezember 2020 Sachverhalt Lit. C–D; vgl. auch Bundesrat, Coronavirus: Bundesrat erklärt die «ausserordentliche Lage» und verschärft die Massnahmen, Medienmitteilung vom 16. März 2020 [Stand am 17. März 2020], <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78454.html>>).

<sup>13</sup> Bundesrat, Coronavirus: die eidgenössische Volksabstimmung vom 17. Mai 2020 wird nicht durchgeführt, Medienmitteilung vom 18. März 2020 <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78485.html>>. Die für die gegenwärtige Covid-19-Pandemie massgebende Bedeutung des dortigen Hinweises, wonach der Bundesrat bereits 1951 einen ganzen Urnengang abgesagt habe, «weil die Maul- und Klauenseuche die Durchführung der Volksabstimmung in mehreren Kantonen nicht erlaubte», müsste bei anderer Gelegenheit näher analysiert werden.

Art. 40 EpG. Nach Art. 23 Abs. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage gewährleistet er dabei namentlich die Ausübung der politischen Rechte sowie der Glaubens- und Gewissensfreiheit. Politische Veranstaltungen sind aufgrund ihrer zentralen demokratiepolitischen Bedeutung keine «gewöhnlichen» Veranstaltungen. Einschränkungen der Ausübung der politischen Rechte setzen eine – meist wohl der ausserordentlichen Lage nach Art. 7 EpG entsprechende – grosse epidemiologische Bedrohungslage und die Gefahr deren Verschlimmerung durch die jeweils fragliche politische Aktivität voraus. Eine Verschiebung von kantonalen Urnengängen dürfte sich in der gegenwärtigen besonderen Lage nach Art. 6 EpG nicht auf Art. 40 EpG stützen lassen. Ausnahmen wären nach kantonalem «Notrecht» allenfalls möglich, wenn ein bestimmter Kanton die «kantonale ausserordentliche Lage» erklärt hat.

Der Bundesrat kann in der *besonderen Lage* Massnahmen nach Art. 6 Abs. 2 lit. a gegenüber einzelnen Personen sowie nach lit. b gegenüber der Bevölkerung ergreifen. Dabei beschränkt sich der Handlungsspielraum des Bundesrates auf die in den Artikeln 31–38 sowie 40 EpG festgelegten Massnahmen.<sup>14</sup> Der Bundesrat kann den Adressatenkreis der Massnahmen, welche nur gegenüber einzelnen Personen möglich sind (Art. 31–38 EpG), grundsätzlich nicht gestützt auf Art. 40 Abs. 2 EpG *erweitern* auf die Bevölkerung und bestimmte Personengruppen. So bietet Art. 40 Abs. 2 EpG und überhaupt das EpG für obligatorische *präventive Massentests* – die nach Art. 36 EpG höchstens als Massnahme gegenüber *Einzelpersonen* infrage kommen – keine Grundlage.<sup>15</sup> Des Weiteren müssen – nach den in der Botschaft zum EpG für massgebend erklärten Erfahrungen mit SARS – solch drastische Massnahmen wie (echte) Lockdowns streng lokal (Quartiere oder Häusergruppen, ausnahmsweise ganze Ortschaften) begrenzt sein. Insoweit ist daher im Gegensatz zu milderer Vorkehrungen gemäss Art. 40 Abs. 2 lit. a und b EpG, die (nur bei nachgewiesener Indikation) durchaus schweizweit gelten können, eine «Hot-spot»-Strategie zu wählen.<sup>16</sup>

Kurz gesagt: Art. 40 Abs. 2 EpG ist keine hinreichende Grundlage «für beliebige Grundrechtseingriffe» (siehe [E. 3.7.2](#)).

Je einschneidender die Massnahmen, desto enger muss das geografische Einzugsgebiet und/oder desto geringer die Anzahl der Betroffenen sein. Der Bun-

---

<sup>14</sup> BBl 2011 (Fn. 8) 364–365.

<sup>15</sup> DANIEL KETTIGER, Unzulässiges präventives Test-Obligatorium an Schulen, Jusletter Coronavirus-Blog vom 16. Februar 2021, Ziffer 5.

<sup>16</sup> GERBER (Fn. 7), [Ziffer III](#).

desrat kann jedoch gestützt auf das Covid-19-Gesetz<sup>17</sup> in gewissen Fällen «von den regulären gesetzlichen Bestimmungen abweichen» und weitergehende Massnahmen beschliessen ([Ziffer V](#), hinten).

### 3.2. Analyse des vorhandenen Wissens zu Beginn einer Pandemie

Zu den vom Bundesgericht erwähnten Unwägbarkeiten bei der Bekämpfung neu auftretender Infektionskrankheiten (E. 3.2.6) ergeben sich die folgenden Bemerkungen.

Von der Grundidee her sicherlich richtig, darf dieser Grundsatz nicht dazu führen, den Behörden letztlich einen zu lange *dauernden*, sich mehr oder weniger zulasten der Grundrechte der *allgemeinen Bevölkerung* auswirkenden «Chaosbonus» zuzugestehen. Die möglichst gute Wahl der Pandemiemassnahmen zu Beginn einer Pandemie bedingt eine vorgängige, unter Berücksichtigung des gegebenen Zeitdrucks so gründlich wie möglich durchzuführende *Analyse des besten verfügbaren Wissens* zum Zeitpunkt der Entscheidung über (erste) Pandemiemassnahmen. Dabei darf (aufgrund allfälliger politischer Opportunität) weder *vorhandenes Wissen ausgeblendet* noch über fehlendes Wissen hinweggetäuscht werden. Es gibt sicherlich keinen *numerus clausus* für Massnahmen zur Pandemiebekämpfung, und die Wahl der geeigneten Massnahmen lässt sich während der Pandemie kontinuierlich *verfeinern*. Allerdings beginnt aufgrund der mittlerweile langen Erfahrung mit Seuchen die Pandemiebekämpfung heutzutage im eingetretenen Ernstfall nicht auf «Feld 1». Zudem sind die *spezifischen Gegebenheiten* rund um SARS-CoV-2 zu berücksichtigen. Im Gegensatz zu anderen Erregern (z.B. Entdeckung des humanen Immundefizienz-Virus [HIV] mit vorheriger jahrelanger Unklarheit) waren die für die Pandemiebekämpfung zentralen *virologischen und epidemiologischen Grundlagen* von SARS-CoV-2 sehr schnell klar: Der Nachweis des Virustyps «Coronavirus-Typ SARS-CoV-2» erfolgte im Januar 2020.<sup>18</sup> Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) hat am 11. Februar 2020 der Krankheit, die durch das neue Coronavirus verursacht wird, den Namen Covid-19 gegeben – kurz für «coronavirus disease 2019» oder auf Deutsch Coronavirus-Krankheit

---

<sup>17</sup> Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 25. September 2020 (Stand am 1. Juli 2021), SR 818.102.

<sup>18</sup> Pschyrembel Online, Covid-19-Infektion <<https://www.pschyrembel.de/COVID-19-Pandemie/A0TJ7/doc>>.

2019.<sup>19</sup> Das neue Coronavirus, genannt «SARS-CoV-2», gehört zur selben Virusfamilie wie sechs weitere, bereits seit *Jahren oder Jahrzehnten* beim Menschen bekannte Coronaviren.<sup>20</sup> Ebenso wurde anerkannt, dass SARS-CoV-2 – wie andere Viren – normalerweise mutieren.<sup>21</sup> Die *Risikogruppen* für Covid-19 wurden schliesslich sehr zeitnah festgestellt.<sup>22</sup> Mittlerweile liegt ein umfassender «epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und Covid-19» vor.<sup>23</sup> Die für die Pandemiebekämpfung zuständigen Behörden konnten und können sich auf einen *soliden und schnell* wachsenden *Grundstock an Wissen* stützen. Dementsprechend sind an die Begründungsdichte der behördlichen Coronamassnahmen laufend höhere Anforderungen zu stellen.

### III. Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021

#### I. Sachverhalt

Auch dieses Verfahren betraf die Verordnung des Regierungsrates des Kantons Schwyz über Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie. Für die Sachverhaltsdarstellung wird auf [Ziffer II.1](#) vorne verwiesen.

---

<sup>19</sup> BAG, Coronavirus: Krankheit, Symptome, Behandlung, die Krankheit Covid-19 <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung.html>>.

<sup>20</sup> BAG (Fn. 19).

<sup>21</sup> «Es ist normal, dass sich Viren ständig verändern und dadurch zufällig sogenannte Mutationen entstehen» BAG (Fn. 19).

<sup>22</sup> Siehe bereits Art. 10b der per 22. Juni 2020 aufgehobenen Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020, SR 818.101.24 <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/141/de>>; BAG, Coronavirus: Besonders gefährdete Personen <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung/besondere-gefaehrdete-menschen.html>>; vgl. auch für eine aktuelle Betrachtung des Sterberisikos Statista, Anzahl Todesfälle in Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) in der Schweiz nach Altersklasse, Stand am 5. August 2021 <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1108171/umfrage/todesfaelle-aufgrund-des-coronavirus-covid-19-in-der-schweiz-nach-altersklasse>>.

<sup>23</sup> Robert-Koch-Institut (RKI), Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und Covid-19, Stand am 14. Juli 2021 <[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html?sessionid=BAFBD08D2C6F0AE493FDD52DF36F6D8E.internet122?nn=13490888](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html?sessionid=BAFBD08D2C6F0AE493FDD52DF36F6D8E.internet122?nn=13490888)>.

Die Beschwerdeführer erhoben am 16. November 2020 Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht mit den Anträgen, die Verordnung vom 14. Oktober 2020 samt den Teilrevisionen vom 20., 25. und 30. Oktober 2020 sowie das Schutzkonzept Schuljahr 2020/2021 vom 23./29. Oktober 2020 seien «per sofort aufzuheben» und es sei «festzustellen, dass die angefochtenen Verordnungen gegen Bundesrecht und die Grundrechte» verstiesse. *Eventualiter* sei «die bundesrätliche Covid-19-Verordnung besondere Lage in der Fassung vom 19. Oktober 2020, insoweit als sie schärfere Bestimmungen aufstellt als der angefochtene Erlass des Regierungsrats, mit Bezug auf diese Bestimmungen für den Kanton Schwyz für nicht anwendbar zu erklären» (Lit. D).

## 2. Aus den Erwägungen

Auf den Eventualantrag trat das Bundesgericht nicht ein, da der Antrag, die Verordnung als nicht anwendbar zu erklären, einer «abstrakten Normenkontrolle» gleichkomme und (anders als die inzidente Normenkontrolle über bundesrätliche Verordnungen) unzulässig sei, «auch wenn er sich nur auf den Kanton Schwyz» beziehe (E. 1.8).

Das Bundesgericht prüfte die Zulässigkeit des Verbots von Veranstaltungen (E. 1.9.3), aufgrund verspäteter Begründung jedoch nicht die Rechtmässigkeit der Maskenpflicht (E. 1.9.2 und 2).

Das vom Beschwerdeführer beantragte Gutachten über die gesundheitlichen Folgen der Maskenpflicht erübrigte sich, da die Maskenpflicht materiell nicht zu prüfen war. Auch weitere Beweissmassnahmen drängten sich nicht auf (E. 2).

Es sei «offensichtlich, dass das in § 5 der angefochtenen Verordnung ( Fassungen vom 25. Oktober 2020 und 30. Oktober 2020) enthaltene generelle Verbot von Veranstaltungen mit mehr als zehn bzw. 30 Personen eine schwere Einschränkung der Versammlungsfreiheit» darstelle (E. 3.1).

Das Bundesgericht äusserte sich zu den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für Einschränkungen von Grundrechten (E. 3.2.1) und verwies auf das bereits besprochene Urteil 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021, wonach Art. 40 EpG die formell-gesetzliche Grundlage für ein Veranstaltungsverbot bilde und der Regierungsrat des Kantons Schwyz zuständig sei, solche Einschränkungen zu erlassen (E. 3.2.2).

Das Bundesgericht äusserte sich eingehend zum Verhältnismässigkeitsprinzip (mit teils ähnlichen Ausführungen wie im ersten Urteil, [Ziffer II.2, E. 3.7.2](#)). Das Gesetz «regle nur die *Zielsetzung* (die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhindern) und die *Rechtsfolge* (Verbot/Einschränkung von Veranstaltungen

gen), nicht aber die Voraussetzungen, die erfüllt» sein müssten, damit «solche Massnahmen angeordnet werden» könnten. Diese gesetzliche Unbestimmtheit des EpG sei «durch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu kompensieren». Auch «soweit eine grundrechtliche Schutzpflicht des Staates zur Abwehr von Gesundheitsgefährdungen» bestehe, könnten «nicht beliebig strenge Massnahmen getroffen werden, um jegliche Krankheitsübertragung zu verhindern». Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz komme «besondere Bedeutung zu für die harmonisierende Konkretisierung konfligierender Verfassungsprinzipien, wie z.B. dem Schutz von Leben und Gesundheit einerseits und den zu diesem Zweck verhängten Grundrechtseinschränkungen andererseits». Auch bei der «Vermeidung technischer oder sonstiger menschenverursachter Risiken, welche aufgrund staatlicher Entscheide zugelassen» würden, könne «nicht ein Null-Risiko gefordert werden», sondern es sei «gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzip nach dem akzeptablen Risiko zu fragen und eine Abwägung zwischen den involvierten Interessen vorzunehmen». Das gelte «ebenso für die Verhinderung von Gesundheitsschädigungen, deren Auftreten nicht vom Staat zu vertreten» sei. Auch diese Massnahmen «müssen verhältnismässig sein, worauf in Art. 30 EpG ausdrücklich hingewiesen» werde (E. 3.2.3).

Einschränkungen zwischenmenschlicher Kontakte zwecks Reduktion der grippebedingten Todesfälle seien bisher «offensichtlich als unverhältnismässig betrachtet» worden. Damit seien «jeweils diese Todesfälle in Kauf genommen bzw. das entsprechende Sterberisiko als akzeptabel betrachtet» worden. Wenn nun eine Epidemie auftrete, «bei welcher die Sterblichkeit signifikant höher» sei – dies treffe «auf die Covid-19-Epidemie im Vergleich zu einer saisonalen Grippe zu» –, sei «das zwar nicht ein prinzipieller, wohl aber ein rechtserheblicher gradueller Unterschied»: Je «grösser das Risiko» sei, desto eher seien «risikoreduzierende Massnahmen gerechtfertigt bzw. geboten». Ein Krankheitsrisiko, das «in einem bestimmten Ausmass als sozialadäquat und akzeptabel betrachtet» werde, könne «inakzeptabel hoch werden und nach epidemierechtlichen Massnahmen rufen, wenn es dieses Ausmass» überschreite (E. 3.2.3).

Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlange, dass «die angeordneten Massnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu den Risiken» stünden, die «mit diesen Massnahmen vermieden» würden. Soweit möglich, seien «die Risiken zu quantifizieren»; dabei sei «nicht nur auf die denkbaren Worst-Case-Szenarien abzustellen, sondern auch die Wahrscheinlichkeit dieser Szenarien zu berücksichtigen». Umgekehrt müssten «auch die negativen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen der Massnahmen berücksichtigt werden». Es müsse «geprüft werden, wie hoch Schwere und Eintretenswahrscheinlich-

keit der drohenden Krankheiten» seien, ob «die angeordneten Massnahmen geeignet» seien, um die Verbreitung zu verhindern, und «wie die Relation der negativen Konsequenzen der Krankheiten zu denjenigen der angeordneten Massnahmen» sei; dabei sei «der aktuelle Stand der Wissenschaft zu berücksichtigen». Die Massnahmen dürften zudem nur so lange dauern, wie es notwendig sei, um «die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern». Sie seien regelmässig zu überprüfen (Art. 40 Abs. 3 EpG) (E. 3.2.4).

Das Bundesgericht prüfe «bei Grundrechtseingriffen die Verhältnismässigkeit frei». Es erlege «sich aber eine gewisse Zurückhaltung» auf, «wenn sich ausgesprochene Ermessensfragen stellen» würden oder «besondere örtliche Umstände zu würdigen» seien, welche «die kantonalen Behörden besser kennen und überblicken» würden «als das Bundesgericht». Dasselbe gelte «für die relative Gewichtung, die den einzelnen involvierten Rechtsgütern und Interessen beizumessen» sei, weshalb «auch hier den politischen Behörden ein Beurteilungsspielraum» zustehe. Solange «in keiner Rechtsnorm festgelegt» sei, «wie hoch das akzeptable Risiko bzw. das erforderliche Sicherheitsniveau» ist, stehe «auch nicht fest, wo die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Risiken» liege. Es sei «alsdann nicht in erster Linie Sache der Gerichte, sondern des Verordnungsgebers oder der zuständigen Fachbehörden, das akzeptable Risiko festzulegen». Andernfalls obliege «diese Aufgabe den Gerichten» (E. 3.2.5).

Hinzu komme, «dass der Natur der Sache nach eine gewisse Unsicherheit» bestehe «bezüglich der zukünftigen Wirkung einer bestimmten Massnahme». Namentlich bestehe «bei neu auftretenden Infektionskrankheiten typischerweise eine hohe Unsicherheit über Ursachen, Folgen und geeignete Bekämpfungsmassnahmen». Die zu treffenden Massnahmen könnten «daher nicht im Voraus mit Bestimmtheit gesetzlich festgelegt werden, sondern müssen aufgrund des jeweils aktuellen, in der Regel unvollständigen Kenntnisstandes getroffen werden». Jedenfalls wenn es «um möglicherweise gewichtige Risiken» gehe, könnten «Abwehrmassnahmen nicht erst dann getroffen werden, wenn wissenschaftliche Klarheit» vorliege, «sondern bereits dann, wenn eine erhebliche Plausibilität» bestehe (E. 3.2.6).

Mit fortschreitendem Wissen seien «die Massnahmen anzupassen». Würden neue Erkenntnisse die bisherige Risikobeurteilung widerlegen, müssten «die Regelungen überprüft und gegebenenfalls entsprechend überarbeitet werden (Art. 31 Abs. 4, Art. 40 Abs. 3 und Art. 81 EpG)». In diesem Sinne sei «jede Beurteilung, die zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgenommen» werde, «zwangsläufig provisorisch, beruhend auf dem aktuellen Stand des Wissens». Dies bedinge allerdings, «dass die Behörden ihren Wissensstand laufend erweitern». Mit «zunehmender Dauer der Freiheitsbeschränkungen» würden «auch die

Anforderungen an die empirische Abstützung der Risikoabschätzung» steigen, «namentlich weil die erwähnten Unsicherheiten» abnähmen. Vor diesem Hintergrund könne «eine Massnahme nicht schon deshalb als unrechtmässig betrachtet werden, weil sie bei besserer Kenntnis aus der Retrospektive allenfalls nicht als optimal» erscheine. Dies wäre «ein unzulässiger Rückschaufehler». Sodann könne «es angezeigt sein, rigorose Massnahmen bereits zu ergreifen, bevor es zu schweren Beeinträchtigungen» komme, um «zu verhindern, dass später noch strengere Massnahmen getroffen werden» müssten (E. 3.2.7). Insgesamt müsse «den fachlich zuständigen und politisch verantwortlichen Behörden ein relativ bedeutender Beurteilungsspielraum zugestanden werden» (E. 3.2.8).

«Allgemeinnotorisch» erfolge die Übertragung von SARS-CoV-2 weitgehend von Mensch zu Mensch. Es leuchte deshalb ein, «dass eine Einschränkung von zwischenmenschlichen Kontakten geeignet» sei, «die Übertragung von Viren und damit auch die durch Virenübertragung verursachten Infektionen und Krankheiten zu reduzieren». Das Veranstaltungsverbot sei daher «ein grundsätzlich taugliches Mittel, um die Verbreitung einer Krankheit zu reduzieren». Dass die Massnahme im öffentlichen Interesse sei, liege «auf der Hand» (vgl. Art. 2 und Art. 19 Abs. 1 EpG) (E. 3.3.1).

Die positiven Testungen könnten «immerhin ein Indikator sein, indem sich daraus die zu erwartenden Todesfälle sowie die symptomatisch verlaufenen Fälle und Hospitalisationen ungefähr abschätzen» liessen. Vergleiche mit einer ohne jegliche Massnahmen eingetretenen Übersterblichkeit in manchen Jahren (namentlich infolge starker Grippewellen) seien «irreführend». Entscheidend sei, wie hoch die (Über-)Sterblichkeit *ohne* die getroffenen Massnahmen gewesen wäre. Aus diesem Grund sei es nicht entscheidend, dass «die Spitäler und die Intensivpflegestationen nicht überlastet gewesen» seien; denn relevant sei, «ob *ohne* die getroffenen Massnahmen im Kanton Schwyz eine solche Überlastung eingetreten wäre». Zwar habe der Regierungsrat nicht dargelegt, wie hoch die Übersterblichkeit bzw. die Auslastung der Spitäler ohne die getroffenen Massnahmen gewesen wäre. Es liege aber «auf der Hand, dass ein solcher hypothetischer Nachweis nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit» erbringbar sei «und deshalb auch nicht als Voraussetzung für behördliches Eingreifen verlangt werden» könne. Es müsse «ausreichen, dass eine hinreichende Plausibilität für eine solche Wirksamkeit» bestehe. Gehe man davon aus, dass «die Einschränkung zwischenmenschlicher Kontakte die Wahrscheinlichkeit von Erkrankungen» reduziere, sei «plausibel, dass ohne die angeordneten Massnahmen die (Über-)Sterblichkeit und die Belastungen der Spitäler höher gewesen wären». Dass Veranstaltungen zu einer gewissen Häufung von Ansteckungen geführt hätten, sei «ohne weiteres plausibel». Es

habe «daher begründeter Anlass für eine Einschränkung von Veranstaltungen» bestanden. Zu weit gehe die Forderung, «Massnahmen müssten immer auf dem neusten Stand der Wissenschaft basieren und die Behörden hätten täglich diesen aktualisierten Stand zu berücksichtigen». Dies sei schon deshalb nicht möglich (und könne daher auch nicht verlangt werden), «weil in einer solchen durch Unsicherheit gezeichneten Situation zahlreiche Studien publiziert» würden, die sich teilweise widersprächen, deren «wissenschaftliche Seriosität» nicht hinreichend feststehe und die auch «laufend wieder durch weitere Erkenntnisse überholt» würden (E. 3.3.4).

Gemäss der Einschätzung des Bundesgerichts war der Regierungsrat durch die konkrete Ausgestaltung der Einschränkung der Versammlungsfreiheit «offensichtlich bemüht, die negativen Auswirkungen zu begrenzen». Mangels Einschlägigkeit der von den Beschwerdeführern eingebrachten Berichte und Studien war «nicht hinreichend dargelegt, dass die negativen Auswirkungen der hier zu beurteilenden Massnahmen die positiven Wirkungen (Reduktion der Krankheitsfälle) überwiegen» (E. 3.3.5).

Hinzu kam, dass die Geltungsdauer des Veranstaltungsverbots nur kurz war und die Verordnung in Erfüllung von Art. 40 Abs. 3 EpG laufend den geänderten Verhältnissen angepasst wurde (E. 3.3.6). Insgesamt erwies sich die angefochtene Verordnung, soweit sie hier zu überprüfen war, in Anbetracht des dem Regierungsrat zustehenden Ermessensspielraums als gesetzes- und verfassungskonform und namentlich als verhältnismässig (E. 3.4), was zur Abweisung der Beschwerde führte.

### 3. Bemerkungen

#### 3.1. Abstrakte Kontrolle von bundesrätlichen Coronaverordnungen

Das Bundesgericht bekräftigt in E. 1.8, dass eine abstrakte Normenkontrolle über bundesrätliche Verordnungen (anders als die inzidente Normenkontrolle über bundesrätliche Verordnungen) unzulässig sei. Die vom Bundesrat auf dem Verordnungsweg bestimmten Coronamassnahmen greifen jedoch mit Inkrafttreten zumindest in gewissen Konstellationen wie eine (*Allgemein-*)*Verfügung* unmittelbar in Grundrechte der *bestimmbaren* Verwaltungsadressaten ein (z.B. Restaurants oder Fitnesscenter). Dies geschieht, ohne dass ein den Rechtsweg für die inzidente Normenkontrolle der fraglichen bundesrätlichen Verordnung öffnender Umsetzungsakt in Form einer Verfügung überhaupt notwendig bzw. erhältlich ist. Eine Rechtsschutzmöglichkeit besteht – anders als gegenüber u.U. gleichermassen grundrechtseinschränkenden *kantonalen Massnahmen* – erst im Eskalationsfall (Strafbescheide bei Widerhandlung

usw.). Gegenwärtig ist der Rechtsschutz gegen mittels bundesrätlicher Verordnungen ergriffener Pandemiemassnahmen nicht zufriedenstellend gelöst und müsste *de lege ferenda* verbessert werden.<sup>24</sup>

### 3.2. Risikodefinition und Verteilungsgerechtigkeit

Zur primär vom Ordnungsgeber oder von den zuständigen Fachbehörden vorzunehmenden Definition des akzeptierten Risikos (E. 3.2.5) ist darauf hinzuweisen, dass sich die Pflicht zur Risikoabwägung (wozu auch die Frage nach der Grösse der eingesetzten Ressourcen für die Risikominimierung gehört) bereits aus dem *Rechtsgleichheitsgebot* (Art. 8 Abs. 1 BV) ergibt. Insbesondere aus Gründen der Rechtsgleichheit drängt sich eine Beurteilung der Verhältnis-mässigkeit bzw. Kosten-Wirksamkeit anhand *verallgemeinerungsfähiger* Kriterien auf: Wie für die Beschaffung staatlicher Mittel stellt sich auch für die Erbringung staatlicher Leistungen die Frage nach der *Verteilungsgerechtigkeit*. Wo staatlich administrierte Güter nicht unbegrenzt zur Verfügung stehen, ist eine möglichst rechtsgleiche Verteilung anzustreben. Rechtsgleichheit setzt

---

<sup>24</sup> Zum Ganzen KASPAR GERBER, [Rechtsschutz gegen bundesrätlich angeordnete Schliessungen von Gastronomiebetrieben und Fitnesscentern – «Egoistische Verbandsbeschwerden» als Möglichkeit? – Ein Gedankenexperiment](#), Jusletter Coronavirus-Blog, 1. März 2021. Gemäss Rechtsprechung ist die abstrakte Normenkontrolle einer bundesrätlichen Verordnung (auch) auf dem indirekten Weg über das Feststellungsbegehren nicht statthaft (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5074/2020 vom 25. Mai 2021 E. 6.2). Man könnte auch umgekehrt argumentieren, dass das Verbot der abstrakten Normenkontrolle bundesrätlicher Verordnungen nicht den unmittelbaren Rechtsschutz verbauen und diesen – in unter dem Aspekt «*nemo tenetur se ipsum accusare*» problematischer Weise – auf den (von der/den betroffenen Person/Personen zu provozierenden) Eskalationsfall verschieben darf. Dies gilt umso mehr, als sich Pandemiemassnahmen in bundesrätlichen Verordnungen wie erwähnt je nach angeordneter Massnahme und betroffenem Adressatenkreis wie Allgemeinverfügungen auswirken und eine Berufung auf den Verordnungsbegriff («generell-abstrakte Regelungen») etwas formalistisch wirkt, was sich aber *de lege lata* wohl nicht ändern lässt. Das Interesse an einer Feststellungsverfügung läge in diesen Fällen nicht in der Behebung einer Unklarheit über den Bestand, Nichtbestand oder Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten, sondern in der Eröffnung des Beschwerdewegs. In vielen Fällen erfolgt über verwaltungsrechtliche Pflichten eine (anfechtbare) Verfügung, die in der Regel erst nach deren Rechtskraft allfällige verwaltungs(straf)rechtliche Sanktionen zum Zuge kommen lässt. Diese Situation unterscheidet sich von der hier interessierenden Konstellation, in welcher der Bundesrat auf dem Ordnungsweg bestimmte Coronamassnahmen ergreift, was sich je nach angeordneter Massnahme und betroffenem Adressatenkreis wie eine Allgemeinverfügung auswirkt. Denn hier kann erst im Eskalationsfall eine Rechtsmittelinstanz für die Prüfung der zugrunde liegenden verwaltungsrechtlichen Pflichten angerufen werden (anders aber Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5074/2020 vom 25. Mai 2021 E. 6.2).

Verallgemeinerungsfähigkeit voraus. Verallgemeinerungsfähig ist nur, was allen, die sich in einer gleichen Situation befinden, in gleicher Weise angeboten werden kann. Ohne besondere Rechtfertigung wäre es mit der Rechtsgleichheit und der Gleichwertigkeit aller Menschen nicht vereinbar, einzelnen Versicherten Leistungen zu erbringen, die anderen Versicherten in gleicher Lage nicht erbracht würden. Umgekehrt formuliert folgt daraus, dass in rechtsgleicher Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips für einzelne Versicherte nur so hohe Leistungen erbracht werden dürfen, wie sie in verallgemeinerungsfähiger Weise für alle anderen Personen in vergleichbarer Situation auch erbracht werden könnten. Leistungen zu erbringen, die nicht verallgemeinert werden können, verletzt die Rechtsgleichheit.<sup>25</sup>

Da jeweils meist «nur» eine *bestimmte Infektionskrankheit* den Anlass für die Ausrufung einer Epidemie bzw. Pandemie bildet, wird das mit der jeweiligen Infektionskrankheit einhergehende Lebensrisiko – aus guten Gründen – im *Risikoranking des Staates* nach oben geschoben und insoweit «privilegiert». In einer laufenden Pandemie ist es verständlich und wohl auch notwendig, gewisse Ressourcen eine Zeit lang auf die Bekämpfung der zugrunde liegenden Krankheit zu fokussieren und (wenn notwendig) temporär auch aus anderen Bereichen der (staatlich verantworteten) Lebensrisikobekämpfung abzuziehen. Das bedeutet jedoch nicht, dass die pandemieverursachende Infektionskrankheit – gegenwärtig Covid-19 – «ausser Konkurrenz läuft». Vielmehr muss das Lebensrisiko Covid-19 ins Gefüge der «anderen» vergleichbaren Lebensrisiken eingeordnet werden. Konkret muss z.B. im Sinne der Verteilungsgerechtigkeit der Aufwand, den die Gesellschaft gegenwärtig betreibt (wobei hier nicht nur die finanziellen Mittel zu veranschlagen sind), um (kurzfristig) ein von Covid-19 bedrohtes Menschenlebensjahr zu retten, in Vergleich zu den eingesetzten Ressourcen für den Schutz eines aus einem anderen Grund (naheliegenderweise aufgrund eines anderen respiratorischen Virus, aber auch aufgrund einer nichtübertragbaren Krankheit) gefährdeten Menschenlebensjahrs gesetzt werden. Des Weiteren ist im Zuge der Festlegung von Coronamassnahmen aus einer *mittelfristigen Perspektive* zu berücksichtigen, dass Einschränkungen und persönliche Verhaltensänderungen während der Covid-19-Pandemie zu einer (aufgrund der Kontaktbeschränkungen auf der Hand liegenden) deutlichen Reduktion weiterer Infektionskrankheiten führen können,<sup>26</sup> was aber unter Umständen wiederum einen potenziell problematischen «Rebound-Effekt» nach sich zieht. Denn es ist – um beim Aus-

---

<sup>25</sup> BGE 136 V 395 S. 413 E. 77.

<sup>26</sup> Schweizer Radio und Fernsehen (SRF), «Im Pandemiejahr 2020 – Infektionskrankheiten gingen in der Schweiz stark zurück» 26. Juli 2021 <<https://www.srf.ch/news/schweiz/im-pandemiejahr-2020-infektionskrankheiten-gingen-in-der-schweiz-stark-zurueck>>.

druck des Bundesgerichts zu bleiben (E. 3.3.1) – «allgemeinnotorisch», dass sich mit der die Virenzirkulation in der Bevölkerung reduzierenden Kontaktbeschränkung die natürliche Saisonalität bestimmter respiratorischer Viren verändert. Als mögliches Folgeproblem ist ein gegenwärtig saisonal<sup>27</sup> unerwartet hohes Vorkommen etwa an «Respiratorischen Synzytial-Virus-Infektionen» (RSV) zu verzeichnen.<sup>28</sup> Wegen ausgebliebener «Booster-Infektionen» ist überdies im Herbst mit einem *erschwerenden* «parallelen Anstieg von SARS-CoV-2, Influenza und RSV» zu rechnen.<sup>29</sup>

Schliesslich ist zur bundesgerichtlichen Aussage, wonach epidemierechtliche Massnahmen angezeigt sein können, wenn das akzeptierte Mass an Risiko überschritten wird (E. 3.2.3), Folgendes anzumerken: Covid-19 bringt nach gegenwärtigem Wissensstand insgesamt ein höheres (und ohne Schutzmassnahmen wohl *zusätzliches*) Lebensrisiko mit sich als eine «normale» saisonale Grippe, aber (glücklicherweise) nicht ein *exorbitant* höheres Risiko wie dasjenige einer «Worst-Case-Pandemie» (Spanische Grippe 1918), welches – gegenüber einer «normalen» saisonalen Grippe – einen «Quantensprung» betreffend Intensität und Vielfalt der Massnahmen rechtfertigen würde.

All diese genannten Faktoren müssen die zuständigen Behörden nach dem «für die harmonisierende Konkretisierung konfligierender Verfassungsprinzipien» (E. 3.2.3) und bei unbestimmten Normen ([Ziffer II.2](#) vorne, [E. 3.1.2](#)) besonders bedeutsamen Verhältnismässigkeitsgrundsatz (E. 3.2.3) abwägen.

---

<sup>27</sup> «In Mitteleuropa ist die Inzidenz von November bis April am höchsten (RSV-Saison), in den übrigen Monaten kommen sporadische Infektionen vor» (RKI, Respiratorische Synzytial-Virus-Infektionen [RSV] <[https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber\\_RSV.html](https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Merkblaetter/Ratgeber_RSV.html)>).

<sup>28</sup> Fachgesellschaft in der Kinder- und Jugendmedizin («pädiatrie schweiz»), Epidemiologie von RSV Infektionen, RSV EpiCH – Update vom 22. Juli 2021 <<https://www.paediatrie-schweiz.ch/news/epidemiologie-von-rsv-infektionen-2>>; vgl. auch «20 minuten» vom 22. Juli 2021, «ATEMWEGSEKRANKUNG – Überfüllte Spitäler müssen wegen RS-Virus Kinder abweisen» <<https://www.20min.ch/story/ueberfullte-spitaeler-muessen-wegen-rs-virus-kinder-abweisen-941826912206>>.

<sup>29</sup> «Erschwerend ist im Herbst ein paralleler Anstieg von SARS-CoV-2, Influenza und RSV aufgrund der reduzierten Grundimmunität (ausgebliebene Booster-Infektionen für Influenza und RSV) der letzten beiden Saisons zu erwarten» (RKI, Vorbereitung auf den Herbst/Winter 2021/22, Stand am 22. Juli 2021, S. 7 <[https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Downloads/Vorbereitung-Herbst-Winter.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Downloads/Vorbereitung-Herbst-Winter.pdf?__blob=publicationFile)>).

### 3.3. «Plausibilität» und Beweismass

Das Bundesgericht hat mit seinen Ausführungen zu den massgebenden Faktoren für die Beurteilung der Zulässigkeit von Pandemiemassnahmen und die entsprechenden Wahrscheinlichkeitsüberlegungen (E. 3.2.4), zum Zeitpunkt und zur Begründbarkeit von Abwehrmassnahmen (E. 3.2.6), zur «Allgemeinnotorietät» der Übertragung von SARS-CoV-2 weitgehend von Mensch zu Mensch (E. 3.3.1), zum genügenden Erfordernis der «erheblichen» (E. 3.2.6) bzw. «hinreichenden» (E. 3.3.4) Plausibilität für den Einsatz von Coronamassnahmen sowie mit der Formulierung, es liege «auf der Hand» dass ein bestimmter hypothetischer Nachweis «nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit» erbracht werden könne (E. 3.3.4), *zentrale Beweisfragen* angesprochen. Dazu ist Folgendes zu sagen:

Dass mittels Kontaktbeschränkungen die Zirkulation von Krankheitserregern unter den Menschen reduziert wird, ist eine unbestrittene, aber auch triviale Erkenntnis. Die letztlich rechtlich relevante Frage ist vielmehr, *wie lange und wie intensiv* der Staat unter Berufung auf die Notwendigkeit der Pandemiebekämpfung das «normale», sich in der Regel nicht in einer «sterilen Laborumgebung» abspielende Sozialverhalten der Menschen herunterfahren darf im Hinblick auf die Verlangsamung der Verbreitung (endemischer) respiratorischer Viren, die buchstäblich nicht «aus der Welt» zu schaffen sind und als allgemeines Lebensrisiko (leider) bestehen werden. Zu Ende gedacht stellt sich zugespitzt die Frage, inwieweit der Staat in öffentlich oder privat zugänglichen Einrichtungen und/oder auf öffentlichen oder privaten Veranstaltungen möglichst (corona)virenfreie Luft sicherstellen soll bzw. muss.

Um die in E. 3.2.4 geforderten Wahrscheinlichkeitsüberlegungen anstellen zu können, sind folgende Sachverhaltselemente zu erheben:

Nach Art. 8 ZGB<sup>30</sup> hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Der Staat hat für die Pandemiebekämpfung ganz allgemein, aber auch betreffend Covid-19 prognostisch *für die Dauer* der angeordneten Massnahmen (dazu [Ziffer III.3.4](#) hinten) insbesondere *kumulativ* zu beweisen,

- wie es sich mit der *Letalität*, *Morbidität* und *Mortalität* von Covid-19 verhält ([Ziffer III.3.5](#) hinten),
- was *genau* das Ziel der Massnahmen resp. der angestrebte Nutzen ist,

---

<sup>30</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Januar 2021), SR 210.

- wie gross die Erfolgsgruppe ist resp. wie viele *Menschenlebensjahre* gerettet werden können (unter Berücksichtigung einer allfällig verminder- ten Lebenserwartung als Kollateralfolgen der Pandemiemassnahmen),
- welche gesamtwirtschaftlichen Kosten pro *gerettetes Lebensjahr* er zur Erreichung des Ziels als noch vertretbar erachtet und wie gross die *Fürsorgegruppe* (Gruppe der Menschen, welche die Gesellschaft vor dem Sterbefallrisiko bewahren soll) ist,
- dass der *Grenznutzen* jeder einzelnen Massnahme deren *Nachteile* über- wiegt,
- dass keine anderen, effizienteren Strategien und Massnahmen zur Verfü- gung stehen, weshalb es nötig und verhältnismässig ist, den grössten Teil der Bevölkerung, die kein erhebliches Risiko für einen schweren bzw. kri- tischen bis tödlichen Verlauf hat<sup>31</sup>, vor einer Ansteckung zu schützen,
- dass die *Verteilungsgerechtigkeit* (insbesondere Ressourcen des Gesund- heitswesens) auch mit Blick auf weitere Grippewellen und andere Kranke und Bedürftige gewahrt ist,
- in welchem (epidemiologisch relevanten) Verhältnis die öffentlich kom- munizierten Daten (Fallzahlen, Inzidenzen, Impfquote, Todesfälle, Hospi- talisationen usw.) zueinander stehen
- und dass die Kapazitäten des Gesundheitssystems (ohne die zur Debatte stehenden Massnahmen) tatsächlich nicht genügen, um alle Personen mit medizinischem Hilfebedarf (nicht nur aufgrund Covid-19) hinreichend zu versorgen.<sup>32</sup>

Diese aufgezählten Faktoren sind nach Art. 40 Abs. 3 EpG ohnehin zu prüfen. Explizit – aber in materieller Hinsicht deklaratorisch – benennt nun auch Art. 1a Abs. 1 Covid-19-Gesetz die vom Bundesrat näher zu bestimmenden «Kriterien und Richtwerte» für «Einschränkungen und Erleichterungen des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens».

Auch wenn im hier besprochenen Urteil des Bundesgerichts eine «erhebliche» bzw. «hinreichende» Plausibilität für die Einschränkung von Veranstaltungen genügt hat, kann dies nicht bedeuten, dass im Namen der Pandemiebekämp- fung generell «auf Verdacht» kontaktreduzierende Grundrechtseinschränkun- gen angeordnet werden dürfen. Denn nicht jede kontaktbeschränkende Mass- nahme ist auch erforderlich und zumutbar. Massgebend sind immer die

---

<sup>31</sup> BAG (Fn. 22).

<sup>32</sup> Siehe zu den Beweisthemen auch GREGOR MEISSER, Die Corona-Massnahmen im Licht des Rechts und des Risikomanagements, 7. März 2021, S. 33 <[https://www.zanetti.ch/wp-content/uploads/2021/03/Expertise\\_Corona\\_Gregor-Meisser-36.pdf](https://www.zanetti.ch/wp-content/uploads/2021/03/Expertise_Corona_Gregor-Meisser-36.pdf)>.

konkreten Umstände der fraglichen Massnahmen. Zudem hängt die «wissenschaftliche Genauigkeit» für die Ergreifung von Coronamassnahmen (E. 3.3.4) von den verfügbaren Informationen zu deren Teilbereichen (v.a. Wirksamkeit und Notwendigkeit) und der bestmöglichen Evidenz ab. Es fragt sich somit, welchem Beweismass die «hinreichende Plausibilität» entspricht und in welchen Situationen diese Art der Plausibilität ausreicht. Das Bundesrecht lässt nach der herrschenden Lehre und der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichts *drei Beweisgrade* zu:<sup>33</sup>

- Nach dem bundesrechtlichen *Regelbeweismass* gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist.
- Ausnahmen von diesem Regelbeweismass der vollen Überzeugung ergeben sich einerseits aus dem Gesetz und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Danach wird insbesondere eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet, wo ein strikter Beweis nicht nur im Einzelfall, sondern der Natur der Sache nach nicht möglich oder nicht zumutbar ist und insofern eine «Beweisnot» besteht. Nach dem *Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit* gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen.
- Eine weitere Beweiserleichterung ist in denjenigen Fällen vorgesehen, in denen eine Behauptung nur glaubhaft gemacht werden muss. Die *Glaubhaftmachung* ist vom Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit insoweit zu unterscheiden, als die Glaubhaftmachung insbesondere summarische Verfahren mit Beweismittelbeschränkungen betrifft. Glaubhaft gemacht ist dabei eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte.<sup>34</sup>

Gerade in der ausserordentlichen Lage nach Art. 7 EpG haben bundesrätliche Pandemiemassnahmen augenscheinliche *Gemeinsamkeiten* mit (v.a. aus anderen Rechtsgebieten bekannten) *vorsorglichen Massnahmen*. Denn vorsorgliche Massnahmen sind naturgemäss dringlich und gelten zudem nur vorüber-

---

<sup>33</sup> Dazu eingehend KASPAR GERBER, Psychosomatische Leiden und IV-Rentenanspruch, Ein juristisch-medizinischer Zugang über IV-versicherte Gesundheitsschäden, funktionelle Einschränkungen und Beweisfragen auf Basis von BGE 141 V 281, Diss. Zürich, Zürich 2018, N 904–933.

<sup>34</sup> BGE 132 III 715 E. 3.1 m.w.H.

gehend, weshalb es für deren Anordnung genügt, dass Tatsachen *glaubhaft* gemacht werden und lediglich eine *summarische Prüfung der Rechtslage* erfolgt.<sup>35</sup> «Worst-Case-Szenarien» müssen jedoch mit verbessertem Wissensstand in den Hintergrund rücken. Höchstens zu Beginn einer Pandemie mag die folgende Formel gegebenenfalls vertretbar sein: «Alle Entwicklungen sind gleich wahrscheinlich, also gehen wir von der schlimmstmöglichen Wendung mit kurzfristig vielen Toten aus. Das muss der Bundesrat kraft Verfassungsauftrag (Schutz der äusseren und inneren Sicherheit nach Art. 185 BV) verhindern und nimmt auch mittel- und langfristige (noch nicht klar bezifferbare) Kollateralschäden in Kauf.» Diese Optik mag in vermindertem Mass gelegentlich auch in der besonderen Lage nach Art. 6 EpG zutreffen. Auch hier muss teilweise schnell auf neue Entwicklungen reagiert werden. Dies mag die Haltung des Bundesgerichts erklären, die «erhebliche» bzw. «hinreichende» Plausibilität für die Einschränkung von Veranstaltungen als rechtskonform zu betrachten, weil der Regierungsrat des Kantons Schwyz die Massnahmen im Hinblick auf die sich seinerzeit im Anstieg befindende «zweite Welle» im Oktober 2020 ([Ziffern II.1](#) und [III.1](#) vorne) ergriffen hat.

Die «Worst-Case-Fixierung» muss aber mit zunehmender Dauer der (von einem klar bestimmten Krankheitserreger verursachten) Pandemie und dementsprechend laufend besseren Erkenntnissen mehr und mehr in den Hintergrund rücken. Das bedeutet, dass das Beweismass des Glaubhaftmachens («erhebliche» bzw. «hinreichende» Plausibilität) in der besonderen Lage nach Art. 6 EpG grundsätzlich nicht mehr ausreicht. Das EpG enthält keine spezifischen Beweisregeln für die besondere Lage nach Art. 6 EpG. Zum Tragen kommt daher im (öffentlichen) Gesundheitsrecht aufgrund der ähnlichen Beurteilungsmaterie (gesundheitsrelevante Sachverhalte) in Analogie zum Sozialversicherungsrecht und der dortigen *allgemeinen Regel* entsprechend («sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht») der übliche Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit.<sup>36</sup> Nach diesen Beweismassstäben sind *im jetzigen Stadium der Covid-19-Pandemie* die weiter oben mit Bulletpoints aufgezählten behördlichen Erhebungen zu Pandemiemassnahmen *prognostisch* zu beurteilen.<sup>37</sup> Zum *zeitlichen Element* siehe sogleich [Ziffer III.3.4](#).

---

<sup>35</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_50/2019 vom 28. Mai 2019 E. 1.2.1.

<sup>36</sup> BGE 144 V 427 E. 3.2 m.w.H.; siehe zum jeweiligen Beweismass auch MEISSER (Fn. 32), S. 33–34.

<sup>37</sup> Vgl. auch MEISSER (Fn. 32), S. 33.

### 3.4. Erhebung der rechtserheblichen Sachverhalte

In diesem Abschnitt folgen einige Bemerkungen zu E. 3.3.4, wonach (weil erhebliche bzw. hinreichende Plausibilität genügt) nicht ein «täglich aktualisierter Stand der Wissenschaft» zu berücksichtigen sei.

Grundsätzlich muss die Bevölkerung (und müssen damit auch die Justizpersonen) in der Lage sein, die Gefährlichkeit von Covid-19 als spezifisches Lebensrisiko auch im Verhältnis zu vergleichbaren anderen Lebensrisiken möglichst realistisch zu beurteilen und sie weder zu unter- noch zu überschätzen. Das EpG auferlegt den zuständigen Behörden denn auch eine *Informationspflicht*. Die Information nach Art. 9 EpG über Krankheitsrisiken oder die Förderung der Gesundheit mittels Informationskampagnen sind ein zentrales Mittel zum *Schutz der öffentlichen Gesundheit*. Die Bürgerinnen und Bürger sollen ihre Entscheidungen möglichst auf der Grundlage von angemessenen Informationen treffen. Insbesondere dort, wo persönliche Entscheidungen und Verhaltensweisen zu Konsequenzen für die eigene oder für die Gesundheit Dritter führen können, sollen Handlungsoptionen und Entscheidungsgrundlagen bereitgestellt werden.<sup>38</sup>

Die Voraussetzung einer regelmässigen Überprüfung der Coronamassnahmen ist, wie bereits dargelegt, u.a. in Art. 40 Abs. 3 EpG angelegt (E. 3.2.4). Um diese regelmässige Prüfung *a priori* sicherzustellen, sind gestützt auf Art. 6 Abs. 2 EpG erlassene Covid-19-Verordnungen auf Wochen bis höchstens wenige Monate zu *befristen*. Dies müsste umso mehr gelten, je länger diese Coronamassnahmen dauern und je einschneidender sie sich auf den Lebensalltag der *breiten Bevölkerung* auswirken.

Auch «Massnahmenbündel» (Zugangsbeschränkungen zu gewissen Betrieben, Verhaltensregeln, Maskenpflicht an verschiedenen Orten usw.), die insgesamt laut offizieller Einschätzung «irgendwie» wirken, dürften die Behörden je länger je weniger von *evidenzbasierter Rechenschaft* dispensieren. Sie haben entweder nachzuweisen, dass jede einzelne Vorkehrung dieses Gesamtpakets einen signifikant positiven Effekt auf die Eindämmung der Covid-19-Pandemie entfaltet, oder sie müssten zumindest die (erwünschten) Wechselwirkungen der einzelnen Coronamassnahmen zueinander nachvollziehbar aufzeigen.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> BBl 2011 [Fn. 8] 367; zum Ganzen KASPAR GERBER, [Covid-19: Schlaglichter auf das Verhältnis zwischen «Recht» und «Wissenschaft»](#), in: Vokinger/Kradolfer/Egli (Hrsg.), *Begegnungen – Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter*, 2021, S. 131–141, S. 138–140 <[https://eizpublishing.ch/wp-content/uploads/2021/06/Begegnungen-V1\\_01-20210528-digital.pdf](https://eizpublishing.ch/wp-content/uploads/2021/06/Begegnungen-V1_01-20210528-digital.pdf)>.

<sup>39</sup> GERBER (Fn. 38), S. 136–137.

Es wäre auf jeden Fall nicht akzeptabel, dass die offensichtlich unmittelbar auftretenden (teilweise nur bedingt nachträglich auszugleichenden) *Nebenwirkungen der Massnahmen* (empfindliche finanzielle Einbussen aufgrund von Geschäftsschliessungen, gesundheitliche Belastungen wegen Wegfalls von Sportmöglichkeiten usw.) mit *höherer Wahrscheinlichkeit* «bewiesen» sind als die (erst kurz- oder mittelfristig allfällig feststellbare) positive Wirkung der angeordneten Massnahmen auf den Pandemieverlauf.

Ist das Beweismass für die den Coronamassnahmen zugrunde liegenden behördlichen Sachbehauptungen auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt, steht den von der strittigen Massnahme Betroffenen gemäss den allgemeinen beweisrechtlichen Regeln ein – sinngemäss aus Art. 8 ZGB abgeleitetes – *Recht auf Gegenbeweis* zu. Sie haben Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Gericht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wachhalten und diesen Hauptbeweis dadurch vereiteln sollen. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird.<sup>40</sup> Das Bundesgericht prüft die Beweise *frei* (Art. 55 Abs. 1 BGG i.V.m. Art. 40 BZP<sup>41</sup>).

Zum (Haupt-)Beweis hat die zuständige Behörde sämtliche Studien offenzulegen und anzugeben, auf welche Studien sie sich *aus welchen Gründen* stützt. Es steht den Betroffenen frei, eine von der behördlichen Gefahrenprognose *abweichende Sachdarstellung* aufzuzeigen, die neben der behaupteten Version ebenso ernsthaft infrage kommt oder sogar näherliegt. Kommen abweichende Studien wenigstens ernsthaft in Betracht, so ist der Hauptbeweis der zuständigen Behörde bereits gescheitert. Sie hat folglich ein Alternativszenario zu wählen oder von den Massnahmen z.B. wegen fehlender Verhältnismässigkeit ganz abzusehen.<sup>42</sup> Dieses so umschriebene Recht auf Gegenbeweis zu verneinen, hiesse, eine unzulässige Beweisregel «*in dubio pro administratione*» aufzustellen.

Im Gegensatz etwa zum *sozialversicherungsrechtlichen Verfahren* für individuelle Ansprüche (vgl. Art. 44 ATSG<sup>43</sup>) ist eine Mitwirkung der einzelnen Bürgerinnen und Bürger bei der Erhebung der zentralen Beweismittel für die Ergreifung von kollektiven Pandemiemassnahmen gegenüber der Bevölkerung

---

<sup>40</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_38/2021 Urteil vom 3. Mai 2021 E. 7.4.3 m.w.H.

<sup>41</sup> Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (Stand am 1. Mai 2013), SR 273.

<sup>42</sup> MEISSER (Fn. 32), S. 34.

<sup>43</sup> Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 (Stand am 18. Juni 2021), SR 830.1.

(Maskenpflicht, Zugangsbeschränkungen usw.) offenkundig nicht möglich. Im Sinne einer *Kompensation* der fehlenden Mitwirkungsmöglichkeiten sind daher zwangsläufig im Beschwerdeverfahren (wenn es denn dazu kommt, [Ziffer III.3.1](#) vorne) private Beweismittel zu berücksichtigen, sei es für eine *andere Beurteilung* der behördlichen Entscheidungsgrundlagen, sei es für *gänzlich neue Ansätze*. Falls den Betroffenen die behördlichen Entscheidungsgrundlagen nicht vollständig zugänglich sind, können diese vor der Ergreifung des Rechtsmittels durch Anfragen auf Zugang zu amtlichen Dokumenten gemäss BGÖ<sup>44</sup> erhältlich gemacht werden.<sup>45</sup>

### 3.5. Bedeutung der Sterberate bei Covid-19 im Vergleich mit anderen Infektionskrankheiten

Das Bundesgericht geht von einer – risikoreduzierende Massnahmen eher rechtfertigenden – signifikant höheren Sterblichkeit bei Covid-19 im Vergleich zu einer saisonalen Grippe aus (E. 3.2.3).

Die Anzahl Todesfälle im Zusammenhang mit einer Pandemie<sup>46</sup> ist für die Pandemiebekämpfung zweifellos eine wichtige Grösse. Entscheidend für die staatliche Risikobeurteilung ist jedoch nicht «nur» die Zahl der (erwiesenermassen direkt infolge der pandemischen Infektionskrankheit) zu beklagenden Todesfälle, sondern sind es auch die *Letalität*, *Morbidität* und die *Mortalität*. Im Vergleich zu anderen respiratorischen Viren zeigt sich folgendes Bild: Zu den Coronaviren gehören auch das SARS-Virus «SARS-CoV-1», 2003 in Südchina von Zibetkatzen auf Menschen übertragen, und das MERS-Virus, 2012 auf der Arabischen Halbinsel von Dromedaren auf Menschen übertragen. SARS und MERS sind schwere akute Atemwegserkrankungen mit einer *hohen Sterblichkeitsrate* von rund zehn bzw. 35 Prozent. Zum Vergleich: Gemäss aktuellem Wissensstand sterben rund 1,5 Prozent (Stand am 28. Dezember 2020) der positiv getesteten Personen an den Folgen der Erkrankung.<sup>47</sup> SARS – als eine der «Referenzpandemien» der besonderen Lage nach Art. 6 EpG ([Ziffer II.3.1](#)

---

<sup>44</sup> Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 17. Dezember 2004 (Stand am 19. August 2014), SR 152.3.

<sup>45</sup> Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), Zugang zu amtlichen Dokumenten <<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/oeffentlichkeitsprinzip/zugang-zu-amtlichen-dokumenten.html>>.

<sup>46</sup> *Letalität*: Mass für die Tödlichkeit einer Krankheit: Anzahl Verstorbener pro Anzahl Erkrankter; *Morbidität*: Die Wahrscheinlichkeit, mit der ein Individuum an einer definierten Krankheit erkranken wird, bezogen auf eine bestimmte Population; *Mortalität*: Die Sterberate, auch Sterblichkeitsrate: Anteil der Todesfälle durch eine bestimmte Krankheit in einer bestimmten Population innerhalb eines bestimmten Zeitraums (BBl 2011 [Fn. 8] 454).

<sup>47</sup> BAG (Fn. 19).

vorne) – und MERS konnten seinerzeit ohne flächendeckende «Shutdowns» oder Maskenpflicht für die breite Bevölkerung bewältigt werden, ebenso die – ohne Erklärung der besonderen Lage nach Art. 6 EpG – durchgemachte «heftige und lange» Grippesaison 2017/2018.<sup>48</sup>

Freilich hat die Covid-19-Pandemie – u.a. aufgrund viel höherer Fallzahlen – nach bisherigem Wissensstand einen grösseren «Impact» auf viele Bereiche des Alltagslebens der breiten Bevölkerung als SARS oder MERS. Mit der Bekämpfung der erwähnten «Referenzpandemien» der besonderen Lage nach Art. 6 EpG bestehen indessen Erfahrungswerte, die auch für die Eindämmung der Covid-19-Pandemie *mutatis mutandis* nicht ausser Acht gelassen werden können. Daher impliziert Art. 6 Abs. 2 EpG gerade bei «Massnahmen gegenüber der Bevölkerung und bestimmten Personengruppen» nach Art. 40 EpG eine gewisse *Begrenzung der Intensität und der thematischen Breite* der Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie in der besonderen Lage. Dies dient auch der Abgrenzung zur ausserordentlichen Lage nach Art. 7 EpG bei einer «Worst-Case-Pandemie» wie der Spanischen Grippe 1918 ([Ziffer II.3.1](#) vorne), die selbstredend drastischere Vorkehrungen erfordert als die besondere Lage nach Art. 6 EpG. Die gegenwärtigen Coronamassnahmen bewegen sich wohl innerhalb des Regelungsspielraums der Behörden in der besonderen Lage nach Art. 6 EpG, was jedoch nicht bedeutet, dass einzelne Massnahmen nicht kritisierbar wären. Wenn (was hoffentlich nicht eintritt) bei einer x-ten Covid-19-Welle wiederum scharfe Massnahmen in Erwägung gezogen werden sollten, würde es jedenfalls die – mit allen politischen und gesellschaftlichen Konsequenzen behaftete – *Ehrlichkeit* gebieten, die ausserordentliche Lage nach Art. 7 EpG zu erklären, anstatt in der besonderen Lage nach Art. 6 EpG «exzessive» und eher einer Bedrohungslage gemäss ausserordentlicher Lage nach Art. 7 EpG entsprechende Massnahmen zu ergreifen. Für gewisse Ausnahmen gemäss Covid-19-Gesetz siehe [Ziffer V](#) hinten.

---

<sup>48</sup> «Luzerner Zeitung» vom 3. April 2018, «MEDIZIN: Grippesaison war heftig und lang» <<https://www.luzernerzeitung.ch/zentralschweiz/luzern/medizin-grippesaison-war-heftig-und-lang-ld.93166>>; «Basler Zeitung» vom 5. Januar 2017, «Basler Spitäler wegen Grippe und Norovirus am Anschlag» <<https://www.bzbasel.ch/basel/basel-stadt/basler-spitaler-wegen-grippe-und-norovirus-am-anschlag-ld.1604353>>.

## IV. Urteil 2C\_793/2020 vom 8. Juli 2021

### 1. Sachverhalt

Der Staatsrat des Kantons Freiburg hat am 25. August 2020 Art. 5a der Verordnung zur Änderung der Verordnung über kantonale Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie in besonderen Situationen (nachfolgend: Freiburger Verordnung Covid-19) verabschiedet. Art. 5a statuierte eine Maskenpflicht. Sie betraf Personen über zwölf Jahre beim Besuch von Geschäften oder Supermärkten (Lit. A).<sup>49</sup>

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragte der Beschwerdeführer, die Verfügung vom 25. August 2020 unter Kosten- und Entschädigungsfolge aufzuheben (Lit. B).

### 2. Aus den Erwägungen

Unter Berufung auf Art. 7 und 10 Abs. 2 BV sowie Art. 8 Abs. 1 EMRK war der Beschwerdeführer der Ansicht, dass Art. 5a der Freiburger Verordnung Covid-19 eine unverhältnismässige Einschränkung seiner persönlichen Freiheit darstellte, die durch kein öffentliches Interesse gerechtfertigt war und für die es keine ausreichende Rechtsgrundlage gab (E. 3).

Der Beschwerdeführer kritisierte nicht die Maskenpflicht für das Personal in Gastronomiebetrieben, Bars und Diskotheken, sondern einzig diejenige in Geschäften und Supermärkten. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass die Pflicht zum Tragen einer Gesichtsmaske nur für Personen über zwölf Jahre gelte, die Geschäfte und Supermärkte im Kanton Freiburg aufsuchen würden, sowie für das Personal dieser Geschäfte. Sie betreffe somit geschlossene Orte, die höchstens einige Stunden pro Woche und pro Person besucht würden. Im Übrigen spreche nichts dagegen, dass der Beschwerdeführer diese Orte nicht aufsuche, da der Versandhandel in den letzten Jahren in der Schweiz weit verbreitet sei und noch mehr seit Beginn der Pandemie. Daher sei die betreffende Beschränkung nur von geringer Intensität (E. 4.3).

Das Bundesgericht legte (je mit verschiedenen Verweisen auf die bereits besprochenen Urteile 2C\_8/2021 vom 25. Juni 2021 und 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021) die Anforderungen für die gesetzliche Grundlage bei der Einschränkung von Grundrechten (E. 5.1.1) sowie den Regelungsgehalt von Art. 40 EpG (E. 5.1.2–5.1.3) dar.

---

<sup>49</sup> Übersetzung des Urteils aus dem Französischen vom Autor unter gelegentlicher Zuhilfenahme von [www.leo.org](http://www.leo.org) und [www.deepl.com](http://www.deepl.com).

Das Bundesgericht bejahte das öffentliche Interesse an der Maskenpflicht in Geschäften und Supermärkten im Kanton Freiburg (wiederum unter Hinweis auf das bereits besprochene Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 [E. 3.3.1]) (E. 5.2).

Es verwarf unter Hinweis auf die Rechtsprechung zur Berücksichtigung notorischer Tatsachen auch den vom Beschwerdeführer angestellten Vergleich mit der Grippe (unter Berufung auf das bereits besprochene Urteil 2C\_941/2020 vom 8. Juli 2021 [E. 3.2.3]). Zudem sei Covid-19 im Gegensatz zur saisonalen Grippe am 11. März 2020 von der WHO zur Pandemie erklärt worden. Unter Auswertung statistischer Daten betreffend den Zeitraum zwischen dem 28. September 2020 und dem 19. März 2021 zu im Labor bestätigten Todesfällen und Spitalbelegungen aufgrund von Covid-19 wies das Bundesgericht das Argument des Beschwerdeführers zurück, es bestehe keine Gefahr oder die Letalität des Virus sei zurückgegangen. Es sei davon auszugehen, dass ein öffentliches Interesse an der Einschränkung der persönlichen Freiheit des Beschwerdeführers bestehe (E. 5.2).

Das Bundesgericht äusserte sich umfassend zum Verhältnismässigkeitsprinzip, wiederum u.a. unter Berufung auf die bereits besprochenen Urteile (E. 5.3–5.3.2).

Der Beschwerdeführer bezweifelte aus verschiedenen Gründen die Wirksamkeit bzw. Geeignetheit der Maskenpflicht zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie. Das Bundesgericht führte dazu aus, dass es – wenn die Beurteilung einer Massnahme von umstrittenen technischen Kenntnissen abhängt – eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nur dann annehme, wenn die Untauglichkeit der Massnahme zur Erreichung des angestrebten Ziels offensichtlich erscheine. Im vorliegenden Fall werde das Tragen einer Gesichtsmaske zur Reduktion der Verbreitung von Covid-19 vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) ausdrücklich empfohlen: Das tägliche Tragen einer Gesichtsmaske ermögliche es vor allem, andere Personen zu schützen. Eine infizierte Person könne bis zu zwei Tage lang ansteckend sein, ohne es zu wissen, bevor Symptome aufträten. Wenn also jeder in einem kleinen Raum eine Maske trage, sei jede Person vor anderen geschützt. Masken würden keinen 100-%igen Schutz garantieren, aber sie könnten dazu beitragen, dass sich das neue Coronavirus weniger schnell ausbreite. Diese Massnahme werde auch von der WHO empfohlen, die ausführe, dass das Tragen einer Maske als normal angesehen werden sollte, wenn man mit anderen Menschen zusammen sei. Die WHO füge hinzu, dass es für die bestmögliche Wirksamkeit der Masken unerlässlich sei, dass sie getragen, gelagert und gewaschen bzw. ordnungsgemäss entsorgt würden. Daraus lasse sich ableiten, dass die betreffende Mass-

nahme nach derzeitigem Kenntnisstand als geeignet anzusehen sei, um das angestrebte Ziel, die Ausbreitung von Covid-19 zu reduzieren, zu erreichen (E. 5.3.3).

Darüber hinaus habe der Bundesrat nach der vom Staatsrat des Kantons Freiburg Ende August 2020 getroffenen Massnahme selbst schweizweit das Tragen von Gesichtsmasken in allen geschlossenen und öffentlich zugänglichen Aussenbereichen von Einrichtungen und Betrieben angeordnet (Art. 3b Abs. 1 der Covid-19-Verordnung besondere Lage). Es sei zwar nicht auszuschliessen, dass eine unsachgemässe Verwendung der Maske kontraproduktive Wirkungen haben oder sogar ein falsches Sicherheitsgefühl vermitteln könne. Dies bedeute jedoch nicht, dass das Tragen einer Maske ein unwirksamer Schutz vor der Übertragung des Virus sei, sondern vielmehr, dass die Menschen darüber informiert werden müssten, wie sie sich selbst effektiv schützen könnten, wie es das BAG und die WHO auf ihren jeweiligen Websites getan hätten. Zumindest sei diese Massnahme nach heutigem Kenntnisstand nicht unangemessen für diese Situation. Sollte sich herausstellen, dass das Tragen einer Maske keinen Einfluss auf die Ausbreitung des Virus habe, oder sollte die Ausbreitung des Virus im Laufe der Zeit ausbleiben, müssten die kantonalen Behörden diese Massnahme neu überdenken (E. 5.3.3).

Der Beschwerdeführer benannte verschiedene weitere Massnahmen, die anstelle der Maskenpflicht hätten ergriffen werden sollen. Das Bundesgericht gab zunächst zu bedenken, dass die streitige Massnahme nicht besonders restriktiv gewesen sei, da sie lediglich Personen in Geschäften oder Supermärkten im Kanton Freiburg zum Tragen einer Maske verpflichtet habe. Die (vom Beschwerdeführer u.a. vorgeschlagene) Begrenzung des Zugangs zu Geschäften auf zehn Personen ohne weitere Umstände zu berücksichtigen, insbesondere die räumlichen Gegebenheiten, könnte dazu führen, dass Menschen in kleine Geschäfte gedrängt würden, während grosse Geschäfte mit grossen Verkaufsflächen praktisch leer stünden. Ausserdem würde diese Massnahme Personen, die Geschäfte besuchen wollen, dazu zwingen, draussen zu warten und somit die Dauer des Kontakts mit Dritten verlängern. Das Tragen einer Maske schliesse nicht aus, dass die Anzahl der Personen, die in einen bestimmten Bereich eingelassen werden könnten, begrenzt werde, aber es könnten sich jedenfalls mehr Personen im selben Bereich aufhalten. Neben anderen Massnahmen, wie z. B. sozialer Distanzierung (ein erhöhtes Infektionsrisiko bestehe, wenn der Abstand von 1,5 Metern länger als 15 Minuten nicht eingehalten werden könne; vgl. 1 Anhang 1 der Covid-19-Verordnung besondere Lage) und Händedesinfektion (aber auch z. B. systematische Tests und Rückverfolgung), verkürze das Tragen einer Maske die Wartezeit vor den Geschäf-

ten und erhöhe den Komfort der Verbraucher. Diese Massnahme ermögliche es vor allem, einschneidendere Massnahmen zu vermeiden, wie z.B. die völlige Schliessung von Betrieben, die nicht von primärer Bedeutung seien (E. 5.3.4).

Die (vom Beschwerdeführer ebenfalls vorgeschlagene) Schliessung von Nachtclubs und Diskotheken könne die Ausbreitung der Krankheit einschränken (der Bundesrat habe die Schliessung dieser Betriebe angeordnet, vgl. Art. 5a Absatz 1 der Covid-19-Verordnung besondere Lage). Dabei sei jedoch zu bedenken, dass nur ein sehr kleiner Teil der Bevölkerung solche Orte aufsuche und es sich dabei grundsätzlich nicht um die schutzbedürftigen Personen handle, also insbesondere um ältere Menschen. Folglich könne die Schliessung der vom Beschwerdeführer angeführten Orte, die insgesamt restriktiver sei als die vorliegend zu beurteilende Verpflichtung zum Tragen der Maske, für sich genommen das angestrebte Ziel des Allgemeininteresses nicht erreichen. Auch die mögliche Schliessung von Nachtclubs und Diskotheken schliesse die Pflicht zum Tragen einer Maske in Geschäften nicht aus (E. 5.3.4).

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab.

### 3. Bemerkungen

#### 3.1. Verweis auf die beiden ersten besprochenen Urteile

Das Bundesgericht greift in seinem Entscheid etliche Themen auf, welche bereits in den ersten beiden Urteilen abgehandelt wurden. Soweit sich das Bundesgericht in diesem Entscheid insbesondere zur Verhältnismässigkeit und zum Vergleich von Covid-19 mit der Grippe äussert, kann auf die entsprechenden vorherigen Ausführungen verwiesen werden.

#### 3.2. «Evidenzbasierte» und «eminenzbasierte» Entscheidungsgrundlagen

An dieser Stelle ergeben sich ein paar kurze Überlegungen zu den zitierten Grundlagen für die Begründung der Maskenpflicht, etwa die Empfehlungen der WHO (E. 5.3.3). Der Bundesrat legt nach Art. 4 Abs. 1 EpG unter Einbezug der Kantone die Ziele und Strategien der Erkennung, Überwachung, Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten fest. Gemäss Art. 4 Abs. 2 EpG sind bei der Festlegung der Ziele und Strategien u.a. internationale Empfehlungen und Richtlinien (lit. b) und der aktuelle Stand der Wissenschaft (lit. c) zu berücksichtigen. Diese *Separierung* der Entscheidungsgrundlagen lässt den Schluss zu, dass die Evidenzgrade der internationalen Empfehlungen und Richtlinien (lit. b) und des aktuellen Stands der Wissenschaft (lit. c) nicht unbedingt deckungsgleich sein müssen. Daher können je nach deren Urheber

die kraft EpG zu berücksichtigenden internationalen Empfehlungen und Richtlinien mehr «eminenzbasierten» als «evidenzbasierten» Charakter aufweisen.<sup>50</sup> Die Behörden dürfen die relevanten wissenschaftlichen Aussagen weder unbesehen 1:1 in ihre Beschlüsse überführen noch sie hierfür ignorieren. Es besteht zweifellos immer ein gewisser Beurteilungsspielraum, der sich realistischerweise auch schlicht nach der gegenwärtigen (politischen) Opportunität richten kann.<sup>51</sup> Für die angeordneten Coronamassnahmen sollte aber, wenn immer möglich, transparent ausgewiesen werden, inwieweit sie primär evidenzbasiert sind oder doch eher einem (auch international geprägten) *politischen Anpassungswillen* entspringen. Zugunsten der *Glaubwürdigkeit der wissenschaftlichen Arbeit* in den jeweils relevanten Gebieten darf auf alle Fälle gegenüber (dem interessierten Teil) der Bevölkerung nicht der Eindruck entstehen, bestimmte Coronamassnahmen seien in *höherem Mass* wissenschaftlich untermauert, als sie es tatsächlich sind.

### 3.3. Schutz der Risikogruppen im Speziellen

Selbstverständlich ist die Pandemiebekämpfung eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe, die jeder Person temporär gewisse Beeinträchtigungen abverlangt. Für eine *Gesamtbeurteilung* drängt es sich jedoch auf, die Massnahmen gegenüber der Gesamtbevölkerung in Relation zu den spezifischen Massnahmen für

---

<sup>50</sup> GERBER (Fn. 38), S. 135–136. Der Bundesrat lässt in seiner Stellungnahme vom 2. September 2020 zur Anfrage von Piero Marchesi durchblicken, dass er trotz *bisher fehlender gesicherter wissenschaftlicher Ergebnisse* zur Frage, in welchem Ausmass eine allgemeine Maskenpflicht zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie beitragen würde, massgeblich aufgrund der entsprechenden Empfehlung der WHO eine allgemeine (und laufend erweiterte) Maskenpflicht eingeführt hat: «Bei Personen ohne Symptome war der Nutzen von Hygienemasken im öffentlichen Raum umstritten. Es gibt bisher keine gesicherten wissenschaftlichen Ergebnisse zur Frage, in welchem Ausmass eine allgemeine Maskentragpflicht zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie beitragen würde. Die WHO ermunterte in ihrer Empfehlung vom 5. Juni 2020 aufgrund von Erkenntnissen zur asymptomatischen Verbreitung sowie der bisherigen Erfahrungen, trotz noch fehlender wissenschaftlicher Evidenz, die Bevölkerung zum Tragen von Masken in spezifischen Situationen, z. B. im öffentlichen Verkehr. Der Bundesrat hat unter anderem unter Berücksichtigung dieser Empfehlung schweizweit per 20. Juni 2020 eine Maskentragpflicht bei Demonstrationen sowie per 6. Juli 2020 eine Maskentragpflicht im öffentlichen Verkehr beschlossen.» (PIERO MARCHESI, 20.1011 Anfrage «Maskentragpflicht. Es braucht Klarheit», Einreichungsdatum 6. Mai 2020 <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20201011>>).

<sup>51</sup> GERBER (Fn. 38), S. 135.

die Risikogruppen zu betrachten.<sup>52</sup> Der Schutz der Risikogruppen im Sinne des Schutzes von Grundrechten Dritter nach Art. 36 Abs. 2 [BV](#) wurde – verständlicherweise – immer wieder als Motiv für die Grundrechtseingriffe gegenüber der Gesamtbevölkerung angeführt. Gerade mit dem zunehmenden Impferfolg wird allerdings die Risikogruppe immer weniger vulnerabel, weshalb sich dementsprechend die Notwendigkeit einschneidender Massnahmen gegenüber der Allgemeinbevölkerung *je länger je weniger* rechtlich begründen lässt (vgl. auch Art. 1a Abs. 2 Covid-19-Gesetz). Auch hier ist die *Verteilungsgerechtigkeit* ([Ziffer III.3.2](#)) anzustreben. Falls gegenüber den staatlichen Vorkehrungen zum Schutz von Risikogruppen vor anderen Lebensrisiken (auch anderen Infektionskrankheiten) für den Schutz der Risikogruppen «nur» bei Covid-19 deutlich mehr Ressourcen eingesetzt werden (im Sinne von teils aussergewöhnlichen Anstrengungen der Allgemeinbevölkerung), würden für andere Lebensrisiken *kaum erfüllbare Erwartungen* an staatliche Interventionen geschaffen. HOVEN/ROSTALSKI bringen es aus rechtswissenschaftlicher Sicht auf den Punkt: «Der Grund für staatliche Massnahmen entfällt nicht erst dann, wenn kein einziger Corona-Fall mehr gemeldet wird. Sondern dann, wenn sich die Risikogruppe wirksam schützen kann».<sup>53</sup>

#### 3.4. Drohende Überlastung des Gesundheitswesens

Die ausgiebigen Ausführungen des Bundesgerichts in E. 5.2 zu den Fallzahlen bieten Gelegenheit, einige Bemerkungen zu den *Kapazitäten des Schweizerischen Gesundheitswesens* anzubringen. Es fällt auf, dass die «drohende Überlastung des Gesundheitswesens», mit welcher nach wie vor weitere Coronamassnahmen (mit)begründet werden, bisher öffentlich nur erstaunlich oberflächlich diskutiert wird. Gerade die Tolerierung von Einschränkungen im alltäglichen Leben der Gesamtbevölkerung hängt nämlich immer auch von den *vernünftigen Erwartungen* ab, welche die Bürgerinnen und Bürger *in Kenntnis der relevanten Faktoren* rund um einen Pandemiefall an die (mittels ihrer Steuern und Abgaben finanzierten) staatlichen Institutionen haben dürfen.<sup>54</sup> Mit der «Drohung», das Gesundheitswesen werde überlastet, wenn nicht diese oder jene Massnahme ergriffen oder beibehalten werde, wird jedoch der Be-

---

<sup>52</sup> Eingehend KASPAR GERBER, [Massnahmen gegenüber der Gesamtbevölkerung gegenüber Risikogruppen in professioneller Obhut und das Präventionsparadoxon](#), Jusletter Coronavirus-Blog vom 22. Januar 2021, [Ziffern II.-VII.](#) <<https://jusletter.weblaw.ch/blog/gerber22012021.html>>.

<sup>53</sup> ELISA HOVEN/FRAUKE ROSTALSKI, «Welt Online» vom 3. August 2021, «Drei fatale Fehlannahmen in der Pandemie-Diskussion» <<https://www.welt.de/kultur/plus232741033/Inzidenzen-Impfen-Schulen-Die-drei-Irrtuemer-in-der-Pandemie-Debatte.html>>.

<sup>54</sup> GERBER (Fn. 38), S. 139.

völkerung implizit die Nachricht übermittelt, sie solle zum Schutz des (für die Bevölkerung selbst) eingerichteten Gesundheitswesens erhebliche Einschränkungen im Alltag akzeptieren. Dabei handelt es sich nicht um irgendein Gesundheitswesen, sondern um das teuerste «in ganz Europa»<sup>55</sup> und «zweitteuerste der Welt».<sup>56</sup> Mit dem «Gesundheitswesen» sind zudem implizit meist die Spitäler gemeint (Hospitalisationen, Intensivbettenbelegung usw.). Hier ist letztlich die *Spitalplanung* angesprochen. Spitäler habe verschiedene gesetzliche Zulassungsvoraussetzungen zu erfüllen (Art. 39 KVG<sup>57</sup>). Dazu gehört auch die überzeugende *Bedarfsplanung* (Art. 39 Abs. 1 lit. d KVG), welche u.a. Prognosen zu demografischen, medizintechnischen und – nach SARS, Schweinegrippe usw. umso wichtiger – epidemiologischen Entwicklungen in den verschiedenen Leistungsbereichen berücksichtigen muss.<sup>58</sup> Die Drohung eines überlasteten Gesundheitswesens, zumal von behördlicher Seite oder von höheren Spitalärzten geäussert, hat eine sehr hohe, weitere Nachfragen von Externen tendenziell verhindernde *Suggestivwirkung*. Dennoch ist es unerlässlich, auch hier für die Öffentlichkeit möglichst grosse Transparenz zu schaffen, tatsächliche (während der Pandemie nicht lösbare) Probleme überzeugend aufzuzeigen, aber auch allfällige (standes)politische Ambitionen aussen vor zu lassen. Immerhin sehen aber Art. 3 Covid-19-Gesetz sowie Art. 25–26c Covid-19-Verordnung 3<sup>59</sup> diverse «Massnahmen im Bereich der Gesundheitsversorgung» vor.

### 3.5. Ermittlung der Wirksamkeit von Massnahmen

Zur Neuprüfung der Maskenpflicht bei neuen Erkenntnissen über deren Wirksamkeit (E. 5.3.3) ist Folgendes anzumerken: Zunächst darf ganz allgemein die Wirksamkeit einer bestimmten Massnahme nicht nach der unzulässigen Beweismaxime «*Post hoc ergo propter hoc*»<sup>60</sup> beurteilt werden. Wenn die Fallzahlen nach Ergreifung einer bestimmten Massnahme sinken, ist damit noch nicht bewiesen, dass die Reduktion der Fallzahlen (direkt) auf die jeweilige

---

<sup>55</sup> KONSTANTIN BECK/WERNER WIDMER, Corona in der Schweiz – Plädoyer für eine evidenzbasierte Pandemie-Politik, 2. aktualisierte Auflage Mai 2021, S. 131 <[https://9807bdaa-37b0-4cc7-b63a-877440428a84.filesusr.com/ugd/237535\\_489761d953c94fa3886a0adf8669d1ad.pdf](https://9807bdaa-37b0-4cc7-b63a-877440428a84.filesusr.com/ugd/237535_489761d953c94fa3886a0adf8669d1ad.pdf)>.

<sup>56</sup> BECK/WIDMER (Fn. 55), S. 122 und 139.

<sup>57</sup> Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 (Stand am 1. Juli 2021), SR 832.10.

<sup>58</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-325/2010 vom 7. Juni 2012 E. 5.2.1 m.w.H.

<sup>59</sup> Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 3) vom 19. Juni 2020 (Stand am 2. August 2021), SR 818.101.24.

<sup>60</sup> BGE 119 V 335 E. 2b/bb.

Massnahme zurückzuführen ist. Hierzu sind, wenn möglich, Vergleiche mit *Kontrollgruppen* anzustellen. Es kann sich hierbei um andere Länder mit vergleichbarem Gesundheitswesen und ähnlichem Urbanisierungsgrad handeln. Ohne die Wirksamkeit der Maskenpflicht hier abschliessend beurteilen zu wollen, zeigt z.B. ein Seitenblick nach Schweden folgendes Bild: In Schweden<sup>61</sup> – mit entgegen der verbreiteten Meinung *höherem Urbanisierungsgrad* als die Schweiz<sup>62</sup> – waren insgesamt moderate, dafür über längere Zeit aufrecht zu erhaltende Einschränkungen von Veranstaltungen und Kapazitäten sowie eine blosser *Maskenempfehlung* (nur) im öffentlichen Verkehr in Kraft.<sup>63</sup> Immerhin ab der zweiten Welle *ab Oktober 2020* (nach Einführung der Maskenpflicht in der Schweiz) zeigt sich bis Redaktionsschluss am 7. August 2021 ein zumindest nicht auffallend unterschiedlicher Pandemieverlauf betreffend Fallzahlen, Todesfälle und Impfrate.<sup>64</sup>

Die Notwendigkeit einer bestimmten «milderen» (und erwiesenermassen wirksamen) Massnahme dadurch zu begründen, dass mit ihr eine schwerwiegendere Massnahme verhindert werden kann, ist (vorbehältlich einer ganz neuen, unerwartet schweren epidemiologischen Bedrohungslage) ganz allgemein nur so lange zulässig, wie sich ebendiese schärfere Massnahme (erfahrungsgemäss) als wirksam und (unter Berücksichtigung der Kollateralschäden) verhältnismässig erwiesen hat. Ansonsten gleitet man im Ergebnis – bildlich und drastisch ausgedrückt – in die Logik der «Schutzgelderpressung» ab, bei der mit sofortigen «billigeren» Einsätzen «teurere» vom «Erpresser» selbst

---

<sup>61</sup> Schweden: Urbanisierungsgrad von 87,71 % im Jahr 2019 (Statista, Europäische Union: Urbanisierungsgrad in den Mitgliedsstaaten im Jahr 2019 <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/249029/umfrage/urbanisierung-in-den-eu-laendern>>).

<sup>62</sup> Schweiz: Urbanisierungsgrad von 84,8 % im Jahr 2019 (Statista, Urbanisierungsgrad in der Schweiz von 2009 bis 2019 <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/216770/umfrage/urbanisierung-in-der-schweiz>>).

<sup>63</sup> Schwedisches Gesundheitsamt, Anpassung der Massnahmen gegen die Ausbreitung von Covid-19, zuletzt besucht am 7. August 2021 <<https://www.folkhalsomyndigheten.se/smittskydd-beredskap/utbrott/aktuella-utbrott/covid-19/skydda-dig-och-andra/anpassning-av-atgarder-mot-spridning-av-covid-19>>.

<sup>64</sup> SRF, «Coronavirus-Grafik – Fälle, Impfungen, Übersterblichkeit: Corona-Zahlen weltweit», Suchbegriffe «Schweiz» und «Schweden» <<https://www.srf.ch/news/international/coronavirus-grafik-faelle-impfungen-uebersterblichkeit-corona-zahlen-weltweit>>. Für den anschaulichen Direktvergleich der Massnahmen in Bern mit denjenigen (u.a.) in Stockholm siehe SRF, «Kampf gegen Covid-19 – Die Schweizer Massnahmen im Vergleich mit Europas Hauptstädten» <<https://www.srf.ch/news/schweiz/kampf-gegen-covid-19-die-schweizer-massnahmen-im-vergleich-mit-europas-hauptstaedten>>.

geschaffene Nachteile abgewendet werden sollen. Dies ist insbesondere bei «Lockdowns», aber auch spezifisch etwa bei Schliessungen von *Schulen*, aber auch von *Restaurants oder Fitnesscentern* sorgfältig zu prüfen.

### 3.6. Berücksichtigung «notorischer Tatsachen»

Es könnte unter Umständen als «Rückschafehler» ([Ziffer III.2](#) vorne) qualifiziert werden, dass das Bundesgericht u.a. mit einer Auswertung statistischer Daten betreffend den Zeitraum zwischen dem 28. September 2020 und dem 19. März 2021 die Rechtmässigkeit der vom Staatsrat des Kantons Freiburg am 25. August 2020 angeordneten Maskenpflicht bejaht hat (E. 5.2). Viel interessanter ist aber, dass das Bundesgericht das entsprechende, im Internet zugängliche Datenmaterial als «notorische Tatsachen» mitberücksichtigt hat. Informationen aus dem Internet gelten grundsätzlich dann als notorische Tatsachen, wenn ihnen aufgrund des Umstands, dass sie leicht zugänglich sind und aus verlässlichen Quellen stammen (wie Statistiken des Bundesamtes für Statistik, Handelsregistereinträge, Wechselkurse, SBB-Fahrpläne etc.), ein offizieller Anstrich anhaftet.<sup>65</sup> Dies gilt zweifellos auch für Verlautbarungen z.B. des BAG. Notorische Tatsachen sind nicht beweisbedürftig, weshalb hierzu kein Anspruch auf vorgängiges rechtliches Gehör besteht.<sup>66</sup>

Diese Rechtsprechung birgt für die Beschwerdeführer allerdings eine gewisse *Unberechenbarkeit* des Verfahrens. Aufgrund der Fülle der Informationen im Internet (auch bei den erwähnten «verlässlichen Quellen») ist zunächst nicht hinreichend voraussehbar, auf welche konkreten, für die Urteilsfällung massgebenden Informationen die Gerichte stossen. Es kann sich also ergeben, dass die Beschwerdeführer erstmals bei der Lektüre des Urteils erfahren, auf welche Grundlagen sich das Gericht bei seiner Urteilsfällung massgebend gestützt hat. Informationen aus den genannten verlässlichen Quellen sind überdies keineswegs immer eindeutig zu interpretieren, vor allem dann nicht, wenn es sich – wie im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie – um die Kombination von statistischem Material zu verschiedenen Teilthemen handelt. Es ist daher nicht immer *a priori* ohne Weiteres klar, welche genauen rechtserheblichen Sachverhalte im Sinne «notorischer Tatsachen» für das Gericht bewiesen sind. Es ist durchaus möglich, dass die Parteien öffentlich zugängliche Quellen anders würdigen als das Gericht. Aus diesen Gründen wird auch erschwert, das Recht auf Gegenbeweis ([Ziffer III.3.4](#)) wahrzunehmen. Um dies zu vermeiden, sollten die Gerichte in hochstrittigen und viele technisch-sta-

---

<sup>65</sup> Urteil des Bundesgerichts 1C\_582/2018 vom 23. Dezember 2019 E. 2.3 m.w.H.

<sup>66</sup> Urteil des Bundesgerichts 1C\_582/2018 vom 23. Dezember 2019 E. 2.3.

tistische Fragen aufwerfenden Verfahren während der Instruktion die für das Gericht massgebenden Beweise gegenüber den Parteien transparent ausweisen (vgl. Art. 55 BGG) oder wenn möglich eine *Hauptverhandlung* durchführen.

## V. Ausblick: Das «Drei-Phasen-Modell» und das Covid-19-Zertifikat

Der Bundesrat hat mit einem Drei-Phasen-Modell das weitere Vorgehen in der Covid-19-Pandemie aufgezeigt (Schutzphase, Stabilisierungsphase und Normalisierungsphase).<sup>67</sup> Bei Redaktionsschluss für diesen Beitrag am 7. August 2021 war bekannt, dass der Bundesrat *auf Bundesebene* keine Verschärfungen der Massnahmen als notwendig, aber auch Erleichterungen als nicht angezeigt erachtete.<sup>68</sup> Es ist anzunehmen, dass zumindest gewisse Massnahmen noch einige Zeit aufrechterhalten werden, sodass die in diesem Beitrag dargelegten juristischen Beurteilungen bei Interesse weiterhin berücksichtigt werden können.

In nächster Zeit wird wohl das Covid-19-Zertifikat zunehmend einen «Zankapfel» bilden. Hierzu werden im Folgenden einige ausgewählte Aspekte summarisch angesprochen.

Zentraler Gesetzesartikel ist der am 19. März 2021 von den Räten eingefügte und mit Wirkung ab 20. März 2021 bis zum 31. Dezember 2022 geltende Art. 6a Covid-19-Gesetz («Impf-, Test- und Genesungsnachweise»)<sup>69</sup>. Die Regelung geht auf einen Vorschlag des BAG zurück, nachdem die Ständeratskommission um einen Bericht darüber gebeten hatte, ob es eine Rechtsgrundlage für die Ausstellung des «Impfpasses» gibt oder nicht.<sup>70</sup>

Laut *Botschaft* zum Covid-19-Gesetz ist die Vorlage «als homogenes Massnahmenpaket konzipiert, das alle zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie bereits ergriffenen und noch erforderlichen Regelungen» zusammenfasse. Diese «Primär- und Sekundärmassnahmen» würden «dem gleichen Zweck» dienen und

---

<sup>67</sup> Bundesrat, Coronavirus: Bundesrat zeigt mit Drei-Phasen-Modell das weitere Vorgehen auf, Medienmitteilung vom 21. April 2021 <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-83199.html>>.

<sup>68</sup> BAG, Information an die Kantone und die Sozialpartner bzgl. der geplanten Konsultation Ende Juli 2021, Dokument vom 28. Juli 2021 zur Information an die Kantone und die Sozialpartner, S. 2 <<https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/Unterlagen-Konsultationen-Kantone/280721-information.pdf.download.pdf/Dokument%20vom%2028.%20Juli%202021%20zur%20Information%20an%20die%20Kantone%20und%20die%20Sozialpartner.pdf>>.

<sup>69</sup> AS 2021 153.

<sup>70</sup> [AB 2021 S 225](#), Votum Kommissionssprecher CHRISTIAN LEVRAT.

«in vergleichbarer Weise» regeln, «wie der Bundesrat zur Bewältigung der Epidemie und ihrer Auswirkungen für eine befristete Zeit von den regulären gesetzlichen Bestimmungen abweichen» dürfe.<sup>71</sup> Ebenfalls in dieser Botschaft stellte der Bundesrat klar, dass «sich die Möglichkeit, ein Impfblogatorium anzuordnen bei gefährdeten Bevölkerungsgruppen, bei besonders exponierten Personen und bei Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben (z. B. Arbeit auf bestimmten Abteilungen in Spitälern oder in Heimen) aus dem geltenden Epidemien-gesetz» (Art. 6 Abs. 2 lit. d EpG) ergebe. Das vorgesehene Covid-19-Gesetz enthalte «keine diesbezügliche Grundlage». Ein Impfblogatorium bedeute «nicht das Gleiche wie ein Impfwang». Weder bestehe «eine gesetzliche Grundlage, gestützt auf die jemand unter Zwang geimpft werden» könnte, noch sei «eine solche im Covid-19-Gesetz oder in einem anderen Erlass vorgesehen».<sup>72</sup>

In der *parlamentarischen Debatte* wurde darauf hingewiesen, dass man sich «im Laufe dieses und der nächsten Jahre in gewissen Bereichen nur bewegen» könne, wenn man belege, dass man geimpft sei – sei das, wenn man Auslandsreisen plane, sei das, wenn man Festivals oder Anlässe besuchen wolle. Das werde «jetzt schon signalisiert». Mit Art. 6a hätte man «die Rechtsgrundlage dafür». Es bestehe «keine Impfpflicht», das sei «klar festzuhalten». Faktisch aber würden «sich sehr viele Mitbürgerinnen und Mitbürger an gewissen Orten eben nur bewegen können, wenn sie über eine entsprechende Impfung verfügen»; das gelte «nicht im öffentlichen Raum, aber private Veranstalter» würden «sich wohl darauf beziehen».<sup>73</sup> Weiter wurde betont, dass es sich beim Covid-19-Zertifikat eher um einen «Immunitätspass», nicht um einen «Impfpass»<sup>74</sup> sowie um ein Dokument handle, das eine sichere, dezentralisierte und risikofreie Bereitstellung von Informationen, insbesondere für Reisen, ermöglichen solle. Es gehe nicht darum – das sei in der Nationalratskommission nicht diskutiert worden –, eine Impfpflicht einzuführen, sondern nur darum, ein Dokument zu erstellen, das insbesondere für Reisen nützlich sein könnte.<sup>75</sup>

Die Eidgenössischen Räte waren sich zwar der künftigen (internationalen) Bedeutung des Covid-19-Zertifikats bewusst, wollten jedoch mit dem Covid-19-Gesetz und mit dem eingefügten Art. 6a explizit *keine weitergehende bundesrechtliche Impfpflicht* einführen. Dem Covid-19-Gesetz («*lex specialis*»

---

<sup>71</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz), BBl 2020 6621.

<sup>72</sup> BBl 2020 (Fn. 71) 6581.

<sup>73</sup> [AB 2021 N 522](#), Votum Bundesrat UELI MAURER.

<sup>74</sup> [AB 2021 S 308](#), Votum Kommissionssprecher CHRISTIAN LEVRAT.

<sup>75</sup> [AB 2021 N 525](#), Votum Kommissionssprecher SAMUEL BENDAHAN.

und «*lex posterior*») kommt somit betreffend Impfobligatorium gegenüber dem EpG keine weitergehende Bedeutung zu. Der Kreis der in der gegenwärtigen besonderen Lage vom Impfobligatorium von Bundesrechts wegen möglicherweise betroffenen Personen(kreise) ist in Art. 6 Abs. 2 lit. d EpG abschliessend geregelt.<sup>76</sup>

Für den Einsatz des Covid-19-Zertifikats «für geimpfte, genesene und negativ getestete Personen» hat der Bundesrat drei Bereiche definiert: Den *grünen Bereich*, wo das Zertifikat ausgeschlossen ist (Orte des alltäglichen Lebens und Kontakte mit Behörden), den *orangenen Bereich*, wo das Zertifikat Schliessungen verhindert oder freiwillig ist (Restaurants, Kinos oder Fitnesscenter), und den *roten Bereich*, wo das Zertifikat Öffnungen ermöglicht (z.B. Grossveranstaltungen oder Diskotheken).<sup>77</sup> Unter welchen Umständen ein Covid-19-Zertifikat vorgewiesen werden muss, um beispielsweise eine Veranstaltung zu besuchen, sowie die gegebenenfalls damit verbundene Aufhebung von Einschränkungen, wird an verschiedenen Stellen in der Covid-19-Verordnung besondere Lage geregelt und nicht in der (eher technischen) Covid-19-Verordnung Zertifikate.<sup>78</sup>

Wenn der Bundesrat das Zertifikat für bestimmte Bereiche nur auf «Genesene» oder «Geimpfte» obligatorisch erklären würde, käme dies einer *indirekten Impfflicht* für einen in Art. 6 Abs. 2 lit. d EpG nicht erwähnten Personenkreis gleich und liesse sich – bei allem Verständnis für die Forcierung der Impfkampagne – nach dem Gesagten nicht auf Art. 6a Covid-19-Gesetz abstützen. Das bedeutet, dass dort, wo das Zertifikat gemäss bundesrätlichem Entscheid zum Einsatz kommt, die Möglichkeit des «Freitestens» weiterhin gegeben sein muss. Zwar bietet der auch in der besonderen Lage nach Art. 6 EpG für den Bundesrat massgebende Art. 40 EpG keine rechtliche Grundlage für einen «Massentest» ([Ziffer II.3.1](#) vorne). Da aber das Covid-19-Gesetz dem Bundesrat wie erwähnt die Kompetenz einräumt, «für eine befristete Zeit von den regulären gesetzlichen Bestimmungen» abzuwei-

---

<sup>76</sup> Die rechtliche Analyse, ob die Kantone in der gegenwärtigen besonderen Lage nach Art. 6 EpG und im Lichte des Covid-19-Gesetzes gemäss Art. 22 EpG Impfungen für obligatorisch erklären können, muss hier aus Platzgründen unterbleiben.

<sup>77</sup> Bundesrat, Coronavirus: Bundesrat konkretisiert Einsatz des Covid-Zertifikats, Medienmitteilung vom 19. Mai 2021 <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-83599.html>>.

<sup>78</sup> Verordnung über Zertifikate zum Nachweis einer Covid-19-Impfung, einer Covid-19-Genesung oder eines Covid-19-Testergebnisses (Covid-19-Verordnung Zertifikate) vom 4. Juni 2021 (Stand am 12. Juli 2021) 818.102.2; Bundesrat, Coronavirus: Bundesrat verabschiedet Verordnung über Covid-Zertifikate, Medienmitteilung vom 4. Juni 2021 <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-83837.html>>.

chen, dürfte die (bundesrechtlich begründete schweizweite) Testpflicht für einen breiten Personenkreis (etwa für das Gesundheitsfachpersonal in Spitälern, Pflegeheimen und Betreuungseinrichtungen) *grundsätzlich* und in den *Schranken der Verhältnismässigkeit* zulässig sein.



# Rechtsschutz



# Rechtsschutz bei Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie\*

## Am Beispiel der Schliessung von öffentlichen Einrichtungen für das Publikum und der Schutzkonzepte

*Der Rechtsschutz im Zusammenhang mit Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie gemäss Covid-19-Verordnung 2 ist insbesondere in Form der konkreten Normenkontrolle der Covid-19-Verordnung 2 grundsätzlich sichergestellt. Das gilt auch für die Schliessung von öffentlichen Einrichtungen für das Publikum und die zugehörigen Schutzkonzepte. Die von einer Schliessung betroffene öffentliche Einrichtung bzw. die entsprechende juristische oder natürliche Person kann bei der zuständigen kantonalen Behörde (meist Arbeitsinspektorate, Gewerbepolizei oder Kantonsarztamt) eine Verfügung verlangen, die sämtliche damit verbundenen Fragen (generelle Schliessung; Öffnung mit Schutzkonzept) umfasst. Die Wirksamkeit des Rechtsschutzes erscheint allerdings in zeitlicher Hinsicht fraglich. Es wäre schliesslich zu prüfen, ob der Bundesrat mit zu drastischen und zeitlich überzogenen – weil nicht durch eine epidemiologisch bedingte ausserordentliche Lage gerechtfertigten – Massnahmen die wirtschaftlichen Folgeprobleme der Covid-19-Pandemie unnötig verschlimmert hat. Diese Frage dürfte bei künftigen Rechtsstreitigkeiten aller Art oder zumindest bei der politischen oder journalistischen Aufarbeitung der Covid-19-Pandemie eine Rolle spielen.*

### I. Einleitung

Der Bundesrat hat zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie<sup>1</sup> in den Monaten März und April 2020 im hier interessierenden Zusammenhang bis am 16. März

---

\* Erschienen in: *sui-generis* 2020, S. 249–264.

<sup>1</sup> Das neue Coronavirus, genannt «SARS-CoV-2», gehört zur selben Virusfamilie wie sechs weitere, bereits seit Jahren oder Jahrzehnten beim Menschen bekannte Coronaviren. Die WHO hat der Krankheit, die durch das neue Coronavirus verursacht wird, am 11. Februar 2020 den Namen Covid-19 gegeben – kurz für «*coronavirus disease 2019*» oder auf Deutsch Coronavirus-Krankheit 2019 (Bundesamt für Gesundheit [BAG], Krankheit Covid-19, Symptome und Behandlung, Ursprung neues Coronavirus). An einigen Stellen in diesem Beitrag ist vereinfachend von «Coronamassnahmen des Bundesrats» die Rede. Gemeint sind damit stets die Massnahmen gemäss Covid-19-Verordnung 2.

2020<sup>2</sup> gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV<sup>3</sup> und auf Art. 6 Abs. 2 Bst. b, 41 Abs. 1 und 77 Abs. 3 EpG<sup>4</sup> sowie ab 17. März 2020<sup>5</sup> nur noch auf Art. 7 EpG «in noch nie dagewesenem Ausmass»<sup>6</sup> *Notverordnungsrecht*<sup>7</sup> erlassen. Das «bundesrätliche Herzstück» dieses *Notverordnungsrechts* ist die «mehrmals und in hohem Rhythmus» angepasste<sup>8</sup> «Covid-19-Verordnung 2».<sup>9</sup> Dementsprechend liegt es nahe, zumindest einige *Schlaglichter* auf primär formelle Aspekte des Rechtsschutzes im Zusammenhang mit den Massnahmen des Bundesrates zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie zu werfen (Stand: 25. Mai 2020).

Im Zentrum stehen nachfolgend ausgewählte Aspekte des Rechtsschutzes *im Sinne der Rechtswege der Verwaltungsrechtspflege* gegen die *Schliessung* vieler öffentlich zugänglicher Einrichtungen für das Publikum nach Art. 6 Covid-19-Verordnung 2 und die zugehörigen *Schutzkonzepte* nach Art. 6a Covid-19-Verordnung 2. Aufgrund der bisherigen und wohl auch in nächster Zeit rasanten Entwicklungen rund um die «Covid-19-Verordnung 2» sind einige der nachfolgenden Ausführungen womöglich weniger von praktischem, sondern eher von akademischem Interesse. Allerdings kann sich dieses Verhältnis je nach künftigen Gegebenheiten wieder umkehren.

---

<sup>2</sup> Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) vom 13. März 2020 (Stand am 16. März 2020) (Covid-19-Verordnung 2; SR 818.101.24).

<sup>3</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101); eingehend zur Grundlage der «Corona-Notverordnungen» FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts - Überlegungen zu einer ausserordentlichen Lage, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 6/2020, S. 685-701, S. 691-694.

<sup>4</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 28. September 2012 (EpG; SR 818.101).

<sup>5</sup> Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) vom 13. März 2020 (Stand am 17. März 2020) (Covid-19-Verordnung 2; SR 818.101.24).

<sup>6</sup> BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (Fn. 3), S. 686.

<sup>7</sup> Zur Kritik an diesem zugegebenermassen dogmatisch nicht ganz präzisen, jedoch geläufigen und für die in diesem Beitrag interessierenden Zusammenhänge völlig ausreichenden Begriff: ANDREAS KLEY, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.» - Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121/2020, S. 268-276, S. 268-269.

<sup>8</sup> BAG, Erläuterungen Covid-19-Verordnung 2, gültig seit 11. Mai 2020, S. 1.

<sup>9</sup> Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) vom 13. März 2020 (Stand am 14. Mai 2020) (Covid-19-Verordnung 2; SR 818.101.24).

## II. Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen (ab 2011) auf dem Prüfstand

Der Bundesrat erachtete noch 2011 die «Rechtsschutzregelung auch hinsichtlich der Massnahmen nach den Artikeln 184 Abs. 3, 185 Abs. 3 und 173 Abs. 1 Bst. c BV als genügend.»<sup>10</sup> 2013 konnte der Bundesrat sich «grundsätzlich vorstellen, den Rechtsschutz gegenüber Verfügungen (im Unterschied zu anderen Akten nach Art. 189 Abs. 4 BV) des Bundesrates und der Bundesversammlung im Gesetz <zu verbessern beziehungsweise einfacher zu regeln>».<sup>11</sup> 2018 räumte er in seiner Botschaft zur Änderung des BGG<sup>12</sup> ein, dass «das Zusammenspiel der verschiedenen Vorschriften, die beim Rechtsschutz gegen Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung zu berücksichtigen sind», «relativ kompliziert» ist. Bei Verordnungen sah der Bundesrat dagegen «kein ernsthaftes Problem: Wer durch die getroffene Regelung von Rechten und Pflichten besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse hat, kann den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangen.» Der Bundesrat wollte daher den Rechtsschutz gegenüber Verfügungen (im Unterschied zu anderen Akten nach Art. 189 Abs. 4 BV) des Bundesrats und der Bundesversammlung *im Gesetz verbessern bzw. einfacher regeln*.<sup>13</sup> Die eidgenössischen Räte traten jedoch auf das Geschäft der Änderung des BGG nicht ein.<sup>14</sup>

Gelegentlich werden auch in der jüngeren Literatur «gewisse Defizite» des Rechtsschutzes im Zusammenhang mit Massnahmen des Bundesrats be-

---

<sup>10</sup> Motion Staatspolitische Kommission NR (11.3006): Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen. Stellungnahme des Bundesrates vom 4. Mai 2011; vgl. auch das entsprechende Votum von Bundesrätin SOMMARUGA zur Haltung des Gesamtbundesrates: «Normalerweise sagt der Bundesrat in solchen Momenten, die Motion würde offene Türen einrennen, aber hier muss ich sagen: Sie rennen fehlende Türen ein.» (AB 2012 S 52); die Argumente für die Annahme der Motion lassen sich dem Votum des Kommissionssprechers KURT FLURI entnehmen, AB 2011 N 2101–2102.

<sup>11</sup> Botschaft des Bundesrats vom 30. Oktober 2013, Bericht über die Gesamtergebnisse der Evaluation der neuen Bundesrechtspflege (BBl 2013 9077), S. 9106.

<sup>12</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz) vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110).

<sup>13</sup> Botschaft vom 15. Juni 2018 zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) (BBl 2018 4605), S. 4653–4654.

<sup>14</sup> AB 2019 S 1207; AB 2020 N 157. Immerhin stimmte der Nationalrat den vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen zur Verbesserung bzw. einfacheren Regelung des Rechtsschutzes gegenüber Verfügungen des Bundesrats und der Bundesversammlung zu (AB 2019 N 287–288, Änderung anderer Erlasse insbesondere Ziffer 1 und 4).

klagt.<sup>15</sup> In der gegenwärtigen Covid-19-Pandemie werden denn auch konkrete Rechtsschutzlücken benannt, wie die *nicht mögliche Anfechtung bundesrätlicher Anordnungen* oder *meist verspäteter Rechtsschutz* sowie die nur schwer begründbare *Staatshaftung*.<sup>16</sup> Es fällt schliesslich auf, dass sich weder die Erläuterungen zur Covid-19-Verordnung 2<sup>17</sup> noch die «Häufig gestellten Fragen (FAQ)» zur Covid-19-Pandemie<sup>18</sup> mit dem (offensichtlich nicht als vordringlich erachteten) Rechtsschutz befassen.

### III. Geltende Regelungen

Wie ist der Rechtsschutz im Zusammenhang mit Coronamassnahmen des Bundesrats geregelt? Und ist er tatsächlich ungenügend? Dazu in der *geborenen Kürze* die folgenden Ausführungen.<sup>19</sup>

#### 1. Keine abstrakte Normenkontrolle

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich hierzu kürzlich in seinem Urteil vom 25. März 2020 geäussert.<sup>20</sup> Ein Verein verlangte am 20. März 2020 beschwerdeweise vom Bundesverwaltungsgericht u.a. die Prüfung der Rechtskonformität der Covid-19-Verordnung 2 und der «Wissenschaftlichkeit der massiven Grundrechtseinschränkungen gegenüber der gesamten Schweizer Bevölkerung und die massive Gefährdung und Schädigung der Wirtschaft». Das Bundesverwaltungsgericht führte aus, «dass Verordnungen des Bundesrates als generell-abstrakte Rechtsnormen des Bundes von den Rechtsanwendungsbehörden ausschliesslich im Rahmen einer vorfrageweisen Überprüfung auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht (akzessorische, inzidente oder konkrete Normenkontrolle) geprüft werden können bzw. müssen.» Das Bundesverwaltungsgericht hielt in Bezug auf die beantragte abstrakte Kontrolle

---

<sup>15</sup> GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2017, N 12 zu Art. 185 BV, mit weiteren Ausführungen zur Haltung des Bundesrats.

<sup>16</sup> FLORIAN ROTH, Coronavirus: Rechtsschutz und Staatshaftung, Weblaw Webinar 12. März 2020, S. 15 und S. 22.

<sup>17</sup> BAG, Erläuterungen Covid-19-Verordnung 2, gültig seit 11. Mai 2020.

<sup>18</sup> BAG, Neues Coronavirus: [Häufig gestellte Fragen \(FAQ\)](#).

<sup>19</sup> Eine Gesamtübersicht über den Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen findet sich in der Stellungnahme des Bundesrates vom 4. Mai 2011 zur Motion Staatspolitische Kommission NR [11.3006](#): Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen.

<sup>20</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1624/2020 vom 25. März 2020.

der Covid-19-Verordnung 2 auch die Eintretensvoraussetzung der sachlichen Zuständigkeit für offensichtlich nicht gegeben. Aus diesen Gründen ist das Gericht *nicht auf die Beschwerde eingetreten*.<sup>21</sup>

In seinem Urteil vom 15. April 2020 betreffend die beantragte Aufhebung der Covid-19-Verordnung 2 rief auch das Bundesgericht in Erinnerung, dass es eine bundesrätliche Verordnung nur vorfrageweise im Rahmen einer *inzi-denten Normenkontrolle* auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit hin prüfen könne. Eine solche stehe «hier nicht zur Diskussion; die Beschwerdefühlerin macht ausdrücklich geltend, dass gegen sie keine Verfügung ergangen sei und sie eine abstrakte Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Covid-19-Verordnung 2 verlange; eine solche ist nach dem Bundesgerichtsgesetz indessen ausgeschlossen». Ebenso unzulässig seien «die weiteren Anträge auf Feststellung der Verfassungs- und Gesetzwidrigkeit der Verordnung oder auf deren Anpassung sowie der damit verbundene Antrag auf Anordnung eines Gutachtens». Am 27. April 2020 wies das Bundesgericht ein gegen sein Urteil vom 15. April 2020 gestelltes Revisionsgesuch ab.<sup>23</sup>

## 2. Konkrete Normenkontrolle möglich

Im Folgenden ist die eben angesprochene konkrete Normenkontrolle im Zusammenhang mit der Schliessung vieler öffentlich zugänglicher Einrichtungen für das Publikum nach Art. 6 Covid-19-Verordnung 2 zu skizzieren.

### 2.1. Allgemeines

Staatliche Akte, «bei denen sich vorwiegend politische Fragen stellen», sollen der gerichtlichen Überprüfung entzogen sein.<sup>24</sup> Aus diesem Grund kann gegen Verfügungen des Bundesrats auf dem Gebiet der Sicherheitspolitik (innere und äussere Sicherheit) *im Prinzip* weder Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesverwaltungsgericht noch Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ergriffen werden.<sup>25</sup> Die Verwaltungsbeschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist allerdings dann zulässig, wenn

---

<sup>21</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1624/2020 vom 25. März 2020.

<sup>22</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_280/2020 vom 15. April 2020 E. 2.2 m.w.H.

<sup>23</sup> Urteil des Bundesgerichts 2F\_7/2020 vom 27. April 2020.

<sup>24</sup> Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 vom 6. Oktober 2014 E. 4.1 m.w.H. Diese in Frankreich entwickelte Doktrin der «*actes de gouvernement*» ist auch in das schweizerische Gesetzesrecht eingeflossen (a.a.O.).

<sup>25</sup> Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 (Fn. 24), E. 4.1 m.w.H.; vgl. auch Art. 32 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz [VGG]; SR 173.32) und Art. 83 Bst. a BGG.

das Völkerrecht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt.<sup>26</sup> Diesfalls kann gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK<sup>27</sup> ausnahmsweise ans Bundesverwaltungsgericht (und anschliessend gestützt auf Art. 83 Bst. a BGG ans Bundesgericht) gelangt werden.<sup>28</sup>

Unabhängig von der Frage, ob ein Beschluss oder eine Verordnung des Bundesrats *selbstständig anfechtbar ist oder nicht*, ergibt sich aus Art. 190 BV, dass eine vorfrageweise Überprüfung anlässlich der Anfechtung einer gestützt darauf ergangenen Verfügung zulässig ist, mit der möglichen Folge, dass dem *Beschluss oder der Verordnung des Bundesrats die Anwendung im Einzelfall versagt werden kann*.<sup>29</sup>

Aus der Bindung der Gerichte an *Bundesgesetze und Völkerrecht* (vgl. Art. 190 BV) ergibt sich, dass bei dieser vorfrageweisen Überprüfung die infrage stehenden Verordnungen oder Beschlüsse des Bundesrates auf ihre Übereinstimmung mit der *Bundesverfassung und den Bundesgesetzen* hin überprüft werden. Dies gilt auch für Verordnungen oder Beschlüsse des Bundesrats, welche dieser zur *Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit unmittelbar gestützt auf Art. 184 bzw. 185 BV* erlassen hat.<sup>30</sup>

Das Gericht greift aber nur in den Gestaltungsspielraum des Bundesrats ein, wenn dieser die ihm eingeräumte *Kompetenz überschritten* hat, wobei es zuerst den Umfang dieser Kompetenz ermittelt.<sup>31</sup>

Eingriffe in die durch die EMRK geschützten Rechte erfolgen in der Regel nicht durch Rechtssätze, sondern erst durch die gestützt darauf getroffenen Verfügungen. Ausnahmsweise kann eine Person *unmittelbar* von einem Rechtssatz

---

<sup>26</sup> Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 (Fn. 24), E. 4.1 m.w.H.; vgl. auch Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG.

<sup>27</sup> Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101).

<sup>28</sup> Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 (Fn. 24), E. 4.1 m.w.H.

<sup>29</sup> Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 (Fn. 24), E. 4.2 m.w.H.

<sup>30</sup> Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 (Fn. 24), E. 4.2 m.w.H.

<sup>31</sup> Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-998/2014 (Fn. 24), E. 4.2 m.w.H. Bei der vorfrageweisen Überprüfung von direkt gestützt auf eine Ermächtigung in der Verfassung erlassenen Verordnungen oder Beschlüssen des Bundesrates darf das Gericht den politischen Entscheidungsspielraum, der dem Bundesrat im Rahmen der ihm vom Verfassungsgeber eingeräumten Kompetenz zugestanden wurde, nicht durch eigene Ordnungsvorstellungen schmälern (a.a.O.).

betroffen sein. Dies ist der Fall, wenn das Gesetz den Behörden *kein Ermessen in der Anwendung* belässt und *derart konkret* ist, dass es ohne Weiteres das Verhalten der betroffenen Person bestimmt.<sup>32</sup>

## 2.2. Beispiele «TalibanV» und «V-Syrien»

Art. 185 Abs. 3 BV bildet die Grundlage für *verfassungsunmittelbare Verordnungen und Verfügungen* des Bundesrates im Bereich der äusseren (Abs. 1) und der inneren Sicherheit (Abs. 2).<sup>33</sup> Zur Abgrenzung zwischen Verordnung und Einzelakt müssen an dieser Stelle Stichworte genügen. Aufgrund *fliessender Grenzen* ist es nicht möglich, zwischen einem rechtssetzenden Akt (Rechtsatz) und einem Einzelakt *eine scharfe Abgrenzung* vorzunehmen.<sup>34</sup> Laut Art. 22 Abs. 4 ParlG<sup>35</sup> gelten als rechtssetzend Bestimmungen, die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festlegen.<sup>36</sup>

Bereits bundesgerichtlich beurteilte Beispiele zur Frage, ob verfassungsunmittelbare Rechtsakte des Bundesrates als *Verordnung oder als Verfügung* zu betrachten sind, sind insbesondere die bundesrätliche «TalibanV»<sup>37</sup> und die bundesrätliche «V-Syrien».<sup>38</sup> Bei diesen Verordnungen handelt es sich «am ehesten» um individuell-abstrakte Anordnungen, worin gegenüber individuell-bestimmten Personen, Personengruppen oder Organisationen ein *breiter Eingriff* in ihre Rechtsposition erfolgt. Die Rechtsform der Verordnung ist in diesem Fall indessen «nicht unbedenklich» und «darf auf jeden Fall nicht bereits aus formellen Gründen (untaugliches Anfechtungsobjekt) jeden Rechtsschutz verunmöglichen.»<sup>39</sup>

---

<sup>32</sup> Auszug aus dem Beschwerdeentscheid des Bundesrates i. S. X. gegen Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement vom 18. April 2007 VPB 2007.6 E. II 4 m.w.H.

<sup>33</sup> BIAGGINI (Fn. 15), N 9 zu Art. 185 BV.

<sup>34</sup> BIAGGINI (Fn. 15), N 5 zu Art. 163 BV; vgl. auch PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich - Basel - Genf 2018, S. 197 m.w.H.

<sup>35</sup> Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz [ParlG]; SR 171.10).

<sup>36</sup> Kritisch zu dieser Legaldefinition BIAGGINI (Fn. 15), N 9 zu Art. 185 BV.

<sup>37</sup> Verordnung über Massnahmen gegenüber Personen und Organisationen mit Verbindungen zu Usama bin Laden, der Gruppierung «Al-Qaida» oder den Taliban vom 2. Oktober 2000 (SR 946.203).

<sup>38</sup> Verordnung über Massnahmen gegenüber Syrien vom 8. Juni 2012 (SR 946.231.172.7).

<sup>39</sup> FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar VwVG; 2. Aufl. 2016, N 49 zu Art. 5 VwVG.

Wegen der grundsätzlichen Bindung der Schweiz an Sanktionsbeschlüsse des UNO-Sicherheitsrats<sup>40</sup> werden bestimmte Personen und bestimmte Gesellschaften im Anhang 2 zur TalibanV namentlich genannt und sind daher von den Massnahmen der Verordnung unmittelbar und individuell betroffen, «ohne dass weitere Verfügungen zu deren Umsetzung erforderlich wären». Wegen der unmittelbaren und enteignungsähnlichen Beschränkungen, welche die TalibanV für die betroffene Person und ihre Gesellschaften zur Folge hat, betrifft ihr Begehren um Streichung aus dem Anhang 2 der Verordnung «zivilrechtliche Ansprüche» im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK.<sup>41</sup> Der Schweiz ist es deshalb verwehrt, den Beschwerdeführer selbstständig aus Anhang 2 TalibanV zu streichen; hierfür ist ein besonderes Delisting-Verfahren durch den Sanktionsausschuss des UNO-Sicherheitsrats vorgesehen.<sup>42</sup> Die Schweiz muss den Beschwerdeführer in diesem Verfahren unterstützen.<sup>43</sup>

Diese Grundsätze dürfen jedoch nicht so verstanden werden, dass die entsprechende Verordnung, die sich für eine bestimmte Person bzw. für bestimmte Personen wie eine Verfügung auswirkt, direkt angefochten und so im Ergebnis dennoch eine (unzulässige)<sup>44</sup> abstrakte Normenkontrolle erreicht werden kann. Dazu ein Streifzug durch die einschlägige Rechtsprechung:

---

<sup>40</sup> BGE 133 II 450 E. 3–6; Anhang 2 der TalibanV beinhaltet gemäss dortiger Anmerkung: «1. Dieser Anhang entspricht den Listen der vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen bzw. der vom zuständigen Komitee des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen bezeichneten natürlichen und juristischen Personen, Gruppen und Organisationen.»; jeweils Aktuelles zur vom zuständigen UNO-Sanktionskomitee geänderten (und für die Schweiz grundsätzlich verbindlichen) Liste der sanktionierten natürlichen Personen, Unternehmen und Organisationen SECO, Sanktionen: Verordnung über Massnahmen gegenüber Personen und Organisationen mit Verbindungen zu Usama bin Laden, der Gruppierung «Al-Qaïda» oder den Taliban. Allerdings sind Rechtsschutzdefizite nicht von der Hand zu weisen: «Das Sanktionsregime der UNO lässt sich kaum mit der Rechtsweggarantie in Einklang bringen» (so FELIX UHLMANN, Entwicklungen im Verwaltungsrecht/Le point sur le droit administratif, SJZ 110/2014 S. 459–465, S. 462 m.w.H.).

<sup>41</sup> Auszug aus dem Beschwerdeentscheid des Bundesrates i. S. X. gegen Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement vom 18. April 2007, VPB 2007.6 E. II 4 m.w.H.

<sup>42</sup> BGE 133 II 450 E. 8.

<sup>43</sup> BGE 133 II 450 E. 9.

<sup>44</sup> [Ziff. III.1](#) vorne; vgl. auch die Motion Staatspolitische Kommission NR [11.3006](#): Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen. Stellungnahme des Bundesrates vom 4. Mai 2011 mit weiteren Ausführungen, wonach eine gesetzliche Ausdehnung des gerichtlichen Rechtsschutzes auf alle unmittelbar gestützt auf die Verfassung erlassenen Verordnungen und Verfügungen des Bundesrates und der Bundesversammlung «nicht erforderlich» sei.

In der Rechtssache Mobutu hat das Bundesgericht die gegen die Familie Mobutu verhängte Sperrung von Vermögenswerten nicht als Verfügung, sondern als Verordnung eingestuft. Wesentlich hierfür war, dass sich die Sanktion gegen eine *Vielzahl von Personen und unterschiedliche Vermögen* richtete.<sup>45</sup> Eine *Stellungnahme eines eidgenössischen Departements*, welche den Guthaben einer Person eine vom Bundesrat gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV angeordnete Vermögenssperre entgegenhält, stellt hingegen eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG<sup>46</sup> dar.<sup>47</sup>

Durch die Aufnahme in Anhang 2 TalibanV wird laut Bundesgericht die betroffene Person den Sanktionen der TalibanV unterstellt und damit *unmittelbar und speziell in Grundrechtspositionen* berührt, weshalb ihr durch *Erlass einer Verfügung* eine Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet werden muss.<sup>48</sup> Hierzu präziserte das Bundesgericht in einer späteren Entscheidung, dass es den (bereits fünf Jahre dauernden) Eintrag in die Liste nicht *als Verfügung qualifiziert*, sondern lediglich festgestellt habe, dass die Aufnahme in die Liste sich für den Betroffenen *wie* eine Verfügung «auswirke».<sup>49</sup>

Im Zusammenhang mit der V-Syrien hielt das Bundesgericht fest, dass die entsprechende Verordnung trotz des *bestimmten Adressatenkreises* keine direkt anfechtbare Verfügung darstellt, eine solche aber durch *Gesuch um Streichung* von der geführten Liste beim zuständigen Departement erwirkt werden

---

<sup>45</sup> BGE 132 I 229 E. 4.4, dazu NICOLA THOMAS HOFER, Spannungsfeld zwischen Individualsanktionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen gegen terrorverdächtige Personen und Menschenrechten, Unter besonderer Betrachtung des ISIL (Daesh)- und Al-Qaida-Sanktionsregimes sowie der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Zürich/St. Gallen 2019 (= SGIR 45), S. 131.

<sup>46</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG]; SR 172.021).

<sup>47</sup> BGE 132 I 229 Regeste a.

<sup>48</sup> BGE 133 II 450 E. 2.1. Streichung aus dem Anhang der TalibanV und damit formell die Änderung einer Verordnung.

<sup>49</sup> BGE 139 II 384 E. 2.2, dazu MARKUS MÜLLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), VwVG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, N 40 Fn. 136 zu Art. 5 VwVG; eingehend zu BGE 139 II 384 RENÉ WIEDERKEHR, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2017, S. 137–138.

kann.<sup>50</sup> Denn wenn völkerrechtlich eine gerichtliche Beurteilung möglich sein muss, gehen die Bundesratsgeschäfte *von Gesetzes wegen* auf das zuständige Departement über.<sup>51</sup>

Die vom Departement erlassene Verfügung kann in einem weiteren Schritt *beim Bundesverwaltungsgericht* und in zweiter Instanz *beim Bundesgericht* angefochten werden.<sup>52</sup> Mit dieser Lösung konnte das Bundesgericht auch die Schwierigkeit umgehen, «direkt einen Akt des Bundesrates zu beurteilen».<sup>53</sup>

Die eben dargelegte Rechtsprechung zeigt zunächst auf, dass auch Rechtsakte, die *gleich wie Verfügungen* unmittelbar und speziell in Grundrechtspositionen eingreifen, als Verordnungen gelten. Diese Rechtsprechung ist allerdings vordergründig *nicht ganz kohärent*. Es scheint widersprüchlich zu sein, *einerseits* den durch die Verordnung bewirkten *unmittelbaren und speziellen Eingriff in Grundrechtspositionen* zu bejahen, *andererseits* eine separate Verfügung verlangen zu müssen, um den Rechtsweg beschreiten zu können. Handkehrum ist dieser *rechtsdogmatische Kunstgriff* notwendig, um das für die Beschreitung des Rechtswegs notwendige Anfechtungsobjekt zu schaffen. Die von der zuständigen Behörde zu erlassende Verfügung hat demnach einige Aspekte einer *Feststellungsverfügung*.<sup>54</sup> Denn die zuständige Behörde bestätigt verfügungsweise im Grunde nur, was kraft jeweiliger Notverordnung *unmittelbar* ohnehin gilt.

---

<sup>50</sup> BGE 139 II 384 (= Pra 102 [2013] Nr. 103), dazu UHLMANN, Praxiskommentar VwVG (Fn. 39), N 49, Fn. 105 zu Art. 5 VwVG.

<sup>51</sup> Art. 47 Abs. 6 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010); BGE 129 II 193 E. 4.2; Botschaft des Bundesrats (Fn. 11), (BBl 2013 9077) S. 9105–9106; je dazu HANSJÖRG SEILER, Kommentar BGG, 2. Aufl. 2015, N 16 zu Art. 83 BGG; ferner Motion Staatspolitische Kommission NR [11.3006](#): Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen. Stellungnahme des Bundesrates vom 4. Mai 2011.

<sup>52</sup> BGE 139 II 384 (= Pra 102 [2013] Nr. 103), dazu UHLMANN, Praxiskommentar VwVG (Fn. 39), N 49, Fn. 105 zu Art. 5 VwVG, m.w.H.

<sup>53</sup> So UHLMANN, Entwicklungen im Verwaltungsrecht (Fn. 40), S. 459–465, S. 462 m.w.H.

<sup>54</sup> Feststellungsbegehren sind subsidiär zu Leistungsbegehren und nur zulässig, wenn daran ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse besteht (Urteil des Bundesgerichts 2C\_307/2018 vom 29. Januar 2019 E. 1.2 m.w.H.). Dieses kann vorliegend mit der Notwendigkeit begründet werden, das für die Beschreitung des Rechtswegs vorausgesetzte Anfechtungsobjekt zu schaffen.

## IV. Bedeutung für Art. 6 Covid-19-Verordnung 2

Inwieweit lassen sich die eben erörterten Regeln auf den Rechtsschutz gegen die Schliessung vieler öffentlich zugänglicher Einrichtungen für das Publikum nach Art. 6 Covid-19-Verordnung 2 übertragen? Klar scheint, dass, wenn eine akzessorische Kontrolle von Art. 6 Covid-19-Verordnung 2 möglich ist,<sup>55</sup> zwangsläufig ein Anspruch auf *entsprechende Einzelfallentscheide* bestehen muss. Hier ist zu unterscheiden zwischen öffentlichen Einrichtungen, die *generell* für das Publikum geschlossen werden, und solchen, die nach Art. 6 Abs. 3–5 Covid-19-Verordnung 2 mit einem Schutzkonzept nach Art. 6a Covid-19-Verordnung 2 für das Publikum weiter geöffnet bleiben dürfen. Vorgängig sind die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen zu klären.

### 1. Zuständigkeiten von Bund und Kantone

Gemäss Art. 1a Covid-19-Verordnung 2 behalten die Kantone ihre Zuständigkeiten, soweit diese Verordnung nichts anderes bestimmt. Hat der Bundesrat eine Regelung getroffen, hat dies zur Folge, dass die Kantone keine Bestimmungen erlassen dürfen, die der Bundesverordnung widersprechen. Sofern für einen Bereich eine Bundesregelung besteht, ist diese *abschliessend*. Sie haben in den durch die Covid-19-Verordnung 2 regulierten Bereichen *keinen Handlungsspielraum* mehr, sondern erfüllen einen Vollzugauftrag des Bundes.<sup>56</sup> Hat der Bundesrat zu einem Sachverhalt keine (explizite) Regelung getroffen, ist durch die *üblichen Auslegungsregeln* zu eruieren, ob den Kantonen eine Regelungsbefugnis eingeräumt wird oder ob ein «qualifiziertes Schweigen» vorliegt.<sup>57</sup>

Der Bundesrat hat die Schliessungen öffentlich zugänglicher Einrichtungen für das Publikum in Art. 6 Covid-19-Verordnung 2 *explizit* geregelt. Den Kantonen bleibt insoweit kein Handlungsspielraum mehr. Allerdings ist ebenfalls durch die *üblichen Auslegungsregeln* zu eruieren, welche der in Art. 6 Abs. 2 Covid-19-Verordnung 2 nicht erwähnten öffentlichen Einrichtungen ebenfalls unter diese Bestimmung fallen. Denn die Aufzählung in Abs. 2 ist *nicht abschliessend*.<sup>58</sup>

Nach Art. 1b Covid-19-Verordnung 2 *überwachen die Kantone* die Einhaltung der Massnahmen auf ihrem Gebiet, soweit nicht der Bund für den Vollzug

---

<sup>55</sup> [Ziff. III.1.](#) vorne.

<sup>56</sup> BAG, Erläuterungen Covid-19-Verordnung 2, gültig seit 11. Mai 2020, S. 2.

<sup>57</sup> BAG, Erläuterungen Covid-19-Verordnung 2, gültig seit 11. Mai 2020, S. 3.

<sup>58</sup> BAG, Erläuterungen Covid-19-Verordnung 2, gültig seit 11. Mai 2020, S. 22.

zuständig ist.<sup>59</sup> Der Grundsatz, wonach – vorbehaltlich spezifischer Vollzugsvorschriften in den einzelnen Bestimmungen – die Kantone für den Vollzug zuständig sind, gilt für die *gesamte Covid-19-Verordnung 2*.<sup>60</sup> Gemäss Art. 6a Abs. 5 Covid-19-Verordnung 2 schliessen die zuständigen kantonalen Behörden einzelne Einrichtungen oder verbieten einzelne Veranstaltungen, falls kein ausreichendes Schutzkonzept vorliegt oder dieses nicht eingehalten wird. Die zuständigen kantonalen Behörden sind u.a. *Arbeitsinspektorate, Gewerbepolizei oder Kantonsarztamt*.<sup>61</sup>

Es bestehen *keine Ausnahmeregelungen*, wonach der Bund für die Überwachung der Schliessung öffentlicher Einrichtungen für das Publikum zuständig ist.<sup>62</sup> Somit ist die Überwachung bzw. Sicherstellung der Betriebsschliessungen *Sache der Kantone*.

## 2. Schliessung von öffentlichen Einrichtungen ohne Schutzkonzept und mit Schutzkonzept

Die Schliessung der in Art. 6 Abs. 2 Covid-19-Verordnung 2 aufgeführten und *nicht* von den Ausnahmeregelungen nach Abs. 3–5 (Schutzkonzept) betroffenen *bisher* öffentlich zugänglichen Einrichtungen für das Publikum ist *nicht Gegenstand behördlichen Ermessens*.<sup>63</sup> Die Schliessung erfolgt *ohne weiteren umsetzenden Hoheitsakt* unmittelbar mit Inkrafttreten der entsprechenden Regelungen in der Covid-19-Verordnung 2. Damit wird nur *ein Fall*, nämlich die Schliessung für das Publikum, geregelt. Dadurch sind die betroffenen Einrichtungen bzw. deren Inhaber, Mieter usw. ebenso *unmittelbar mit enteignungsähnlichen Beschränkungen* konfrontiert und speziell in Grundrechtspositionen berührt.

Art. 6 Abs. 1 und 2 Covid-19-Verordnung 2 wirkt sich auf die betroffenen Einrichtungen insoweit *wie eine Allgemeinverfügung* aus. Gemäss Bundesgericht sind Allgemeinverfügungen Anordnungen, die einen *Einzelfall* regeln, sich dabei aber an eine individuell nicht bestimmte Vielzahl von Adressaten richten. Sie kennzeichnen sich durch *ihre direkte Anwendbarkeit* für eine mögliche Mehrheit von Betroffenen aufgrund einer genügend konkreten Tatbestandser-

---

<sup>59</sup> So ist z.B. das SECO zuständig für die Bewilligung der Ausfuhr der in Anhang 3 aufgeführten Güter aus dem Zollgebiet Art. 4b Covid-19-Verordnung 2.

<sup>60</sup> BAG, Erläuterungen Covid-19-Verordnung 2, gültig seit 11. Mai 2020, S. 3.

<sup>61</sup> BAG, Erläuterungen Covid-19-Verordnung 2, gültig seit 11. Mai 2020, S. 31.

<sup>62</sup> Beispiele für Bundeszuständigkeiten: Art. 4h, 4h<sup>bis</sup>, 4i, 4j, 4k und 7e Covid-19-Verordnung 2.

<sup>63</sup> [Vgl. vorne](#).

fassung, ohne dass es eines weiteren umsetzenden Hoheitsaktes bedarf.<sup>64</sup> Allgemeinverfügungen werden in Bezug auf ihre Anfechtbarkeit grundsätzlich den Verfügungen gleichgestellt, namentlich auch in Bezug auf die Legitimation.<sup>65</sup>

Diese Beurteilung greift jedoch im hier interessierenden Zusammenhang zu kurz. Denn wie dargelegt kann gegen Verfügungen des Bundesrats auf dem hier interessierenden Gebiet der Sicherheitspolitik (innere und äussere Sicherheit) im Prinzip weder Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesverwaltungsgericht noch Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ergriffen werden.<sup>66</sup>

Somit liegt es auf der Hand, von einer mit der «TalibanV» vergleichbaren Situation auszugehen. Art. 6 Abs. 1 und 2 Covid-19-Verordnung 2 wirkt sich wie eine (Allgemein-)Verfügung aus, ist aber keine. Dadurch ist die für das Publikum geschlossene Einrichtung bzw. die entsprechende juristische oder natürliche Person unmittelbar und speziell in Grundrechtspositionen berührt, weshalb ihr durch Erlass einer Verfügung eine Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet werden muss.<sup>67</sup>

Bei öffentlichen Einrichtungen mit Schutzkonzept bedarf es für die Schliessung einer bestimmten Einrichtung für das Publikum offenkundig eines Vollzugsentscheides im Einzelfall, ob das Schutzkonzept einer betroffenen Einrichtung den Anforderungen gemäss Art. 6a Covid-19-Verordnung 2 genügt oder nicht.<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> BGE 134 II 272 E. 3.2 m.w.H. Durch die Art der Regelung grenzen sich die Verfügungen von den generell-abstrakten Rechtssätzen ab. Die Unterscheidung lässt sich allerdings nicht immer eindeutig durchführen. So ergehen einzelne Akte zwar für einen konkreten Fall, richten sich aber an einen offenen Personenkreis, sind also generell-konkreter Natur. Solche sog. Allgemeinverfügungen (*décisions générales*) stellen namentlich Verkehrsanordnungen dar, etwa ein Fahrverbot (PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich - Basel - Genf 2018, S. 197 m.w.H.)

<sup>65</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_457/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 4.2 m.w.H. Die Frage nach dem rechtlichen Gehör beim Erlass einer Allgemeinverfügung muss hier aus Platzgründen unterbleiben, vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2C\_519/2016 vom 4. September 2017 E. 3.2.5.

<sup>66</sup> [Ziff. III.2.1.](#) vorne.

<sup>67</sup> [Vgl. vorne](#); [Ziff. IV.3. hinten](#).

<sup>68</sup> [Vgl. vorne](#). Die vorgängige Einreichung des Schutzkonzepts bei einer kantonalen Behörde oder dem BAG ist allerdings nicht erforderlich (BAG, Erläuterungen Covid-19-Verordnung 2, gültig seit 11. Mai 2020, S. 31). Vgl. zu den möglichen Rügen auch [hinten](#).

### 3. Rechtsweg

Welche Instanz würde eine Verfügung betreffend generelle Schliessung einer öffentlichen Einrichtung für das Publikum erlassen? Art. 1b Covid-19-Verordnung 2 als *Spezialnorm*<sup>69</sup> geht nach hier vertretener Auffassung Art. 47 Abs. 6 RVOG<sup>70</sup> vor.<sup>71</sup> Demnach sind die kantonalen Behörden (meist Arbeitsinspektorate, Gewerbepolizei oder Kantonsarztamt) zuständig. Es wären zwei Fälle zu unterscheiden:

Die betroffene Einrichtung bzw. die entsprechende juristische oder natürliche Person verlangt von der kantonalen Behörde eine Verfügung darüber, dass sie *generell* für das Publikum geschlossen wird. Die betroffene Einrichtung *bleibt* jedoch für das Publikum geschlossen. In diesem Fall würde die kantonale Behörde verfügungsweise bestätigen, was kraft Covid-19-Verordnung 2 *unmittelbar* ohnehin gilt, nämlich dass die betroffene Einrichtung für das Publikum geschlossen bleiben muss.<sup>72</sup>

Die betroffene Einrichtung bleibt für das Publikum *absichtlich* geöffnet, bis die zuständigen kantonalen Behörden intervenieren und den Betrieb schliessen: Um ein *Anfechtungsobjekt* zu generieren, könnte über die Schliessung der Einrichtung für das Publikum eine Verfügung verlangt werden. Dieses Vorgehen der absichtlichen Öffnung der Einrichtung gegen die Bestimmungen der Covid-19-Verordnung 2 birgt allerdings die Gefahr, sich *strafbar* zu machen.<sup>73</sup>

Das Ergebnis einer erfolgreichen Beschwerde könnte die Nichtanwendung des betreffenden Buchstabens von Abs. 2 von Art. 6 Covid-19-Verordnung 2 im Einzelfall sein.<sup>74</sup> Eine generelle «Streichung» der entsprechenden Art der öffentlichen Einrichtung aus Abs. 2 von Art. 6 Covid-19-Verordnung 2 wäre anders als bei der «TalibanV» nicht möglich. Denn bei der «TalibanV» werden

---

<sup>69</sup> [Vgl. vorne.](#)

<sup>70</sup> [Vgl. vorne.](#)

<sup>71</sup> Wenn dieser Auffassung nicht gefolgt würde, könnte eine nach Art. 6 Abs. 1 und 2 Covid-19-Verordnung 2 für das Publikum geschlossene Einrichtung bzw. die entsprechende juristische oder natürliche Person beim zuständigen Departement (wohl dem Eidgenössischen Departement des Innern [EDI]) eine Verfügung verlangen. Das EDI ist auch für die Erläuterungen, welche primär das BAG verfasst hat, verantwortlich (BAG, Erläuterungen Covid-19-Verordnung 2, gültig seit 11. Mai 2020, S. 1). Alternativ könnte das Gesuch um Erlass einer anfechtbaren Verfügung auch an den Gesamtbundesrat gerichtet werden, welcher es an das zuständige Departement weiterleiten müsste (Art. 7–9 VwVG).

<sup>72</sup> [Vgl. vorne.](#)

<sup>73</sup> Art. 10f Covid-19-Verordnung 2.

<sup>74</sup> [Vgl. vorne.](#)

im Ergebnis einzelne Namen der beschwerdeführenden Personen gestrichen, ohne dass die anderen Namen gelöscht wurden. Die Streichung einer bestimmten Art von öffentlichen Einrichtungen aus Abs. 2 von Art. 6 Covid-19-Verordnung 2 beträfe alle Einrichtungen, auch solche, die sich nicht beschwert haben. Das liefe auf eine unzulässige abstrakte Normenkontrolle<sup>75</sup> hinaus.

Verfügungen *betreffend* Schutzkonzept sind von der kantonalen Instanz zu verlangen bzw. unaufgefordert zu erlassen, welche das Schutzkonzept als ungenügend beurteilt (meist Arbeitsinspektorate, Gewerbebehörde oder Kantonsarztamt). Vorfrageweise könnte bei Bedarf gerügt werden, dass Art. 6a Covid-19-Verordnung 2 nicht mit *höherrangigem* Recht vereinbar ist.<sup>76</sup> Gerügt werden könnten z.B. die Verpflichtung zum Schutzkonzept *an sich* oder einzelne obligatorische Teile des Schutzkonzeptes.

Nach hier vertretener Auffassung sind nach dem Gesagten die Kantone für *sämtliche* irgendwie im Zusammenhang mit dem Vollzug stehenden Handlungen zuständig (generelle Schliessung; Öffnung mit Schutzkonzept). Es wäre auch kaum einsichtig, warum sich der Rechtsweg nur deswegen unterscheiden soll, weil im einen Fall die generelle Schliessung einer öffentlichen Einrichtung für das Publikum und im anderen Fall «nur» das Schutzkonzept streitig ist.

Zum weiteren Rechtsweg: Die *Anfechtung* einer Verfügung der zuständigen kantonalen Behörde zur Schliessung einer bestimmten öffentlichen Einrichtung für das Publikum oder zum Schutzkonzept beim Bundesverwaltungsgericht scheidet aus. Eine solche käme nur infrage, wenn ein Bundesgesetz gegen Verfügungen kantonalen Instanzen die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht vorsieht.<sup>77</sup> Eine solche bundesgesetzliche Regelung besteht nicht, auch nicht in der Covid-19-Verordnung 2. Somit ist der innerkantonale Instanzenzug auszuschöpfen. Der letztinstanzliche kantonale Entscheid kann mit Beschwerde *beim Bundesgericht* angefochten werden.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> [Ziff. III.1. vorne.](#)

<sup>76</sup> [Ziff. III.2.1. vorne.](#)

<sup>77</sup> Art. 33 lit. i VGG; für ein Beispiel dazu Art. 69 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (IVG; SR 831.20).

<sup>78</sup> Art. 86 Abs. 1 Bst. d BGG .

#### 4. Fraglicher Rechtsschutz in zeitlicher Hinsicht

Eine behördlich verordnete Betriebsschliessung von nur einigen Wochen kann je nach konkreter Situation die Existenz eines (Klein-)Betriebes bedrohen. Die Betreiber der betroffenen Einrichtung sind daher auf schnellen Rechtsschutz angewiesen. Dabei zeigen sich jedoch *Stolpersteine*.

Hier sei ausgeklammert, *innert welcher Frist* seit Inkrafttreten der entsprechenden Regelungen der Art. 6 Covid-19-Verordnung 2 eine von der Schliessung für das Publikum betroffene Einrichtung vom EDI eine Verfügung verlangen müsste.

Solange in der Verfügung selber dem Rechtsmittel nicht ausdrücklich die aufschiebende Wirkung entzogen wird, hat eine Beschwerde aufschiebende Wirkung; es gibt im hier interessierenden Zusammengang der Schliessung von öffentlichen Einrichtungen für das Publikum weder im EpG noch in der Covid-19-Verordnung 2 eine Regelung, die den gestützt auf diese Rechtserlasse erlassenen Verfügungen von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung entziehen würde.<sup>79</sup> Allerdings können das zuständige Departement<sup>80</sup> und das Bundesverwaltungsgericht<sup>81</sup> die aufschiebende Wirkung entziehen. Die Beschwerde ans Bundesgericht hat in der Regel ohnehin keine aufschiebende Wirkung.<sup>82</sup> Die Behörde ist zum Entzug der aufschiebenden Wirkung *verpflichtet*, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen dies erfordern.<sup>83</sup> Es ist dabei anzunehmen, dass in einer «ausserordentlichen Lage» die zuständige Behörde das überwiegende Interesse am Entzug der aufschieben-

---

<sup>79</sup> Vgl. dazu DANIEL KETTIGER, Kommentar vom 6. Mai 2020 zu KASPAR GERBER, [Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes zum Zweiten - Ein Update zum Jusletter-Beitrag vom 14. April 2020](#) «Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes» in: Jusletter Coronavirus-Blog vom 5. Mai 2020. Eine Ausnahme besteht etwa beim Rechtsweg gegen Entscheide im Bereich Grenzübertritt und Kontrolle. Nach Art. 3 Abs. 3 Covid-19-Verordnung 2 können Entscheide der zuständigen Behörden sofort vollstreckt werden. Art. 65 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16. Dezember 2005 (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20) gilt sinngemäss. Gegen den Einspracheentscheid des SEM kann innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung Beschwerde erhoben werden. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

<sup>80</sup> Art. 1 Abs. 2 Bst. a VwVG i.V.m. Art. 55 VwVG.

<sup>81</sup> Art. 37 VGG i.V.m. Art. 55 VwVG.

<sup>82</sup> Art. 103 BGG.

<sup>83</sup> REGINA KIENER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), VwVG. Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, N 13 zu Art. 55 VwVG.

den Wirkung bejahen würde.<sup>84</sup> Dies gilt insbesondere für nachgelagerte richterliche Behörden, welche früh im Verfahren einen Instruktionsentscheid über die aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu fällen haben und denen dabei nur eine *summarische Prüfung* der Sach- und Rechtslage möglich ist.

Im Anwendungsbereich des öffentlichen Rechts des Bundes sind namentlich auch die letzten *kantonalen Instanzen qua* Verweis in Art. 1 Abs. 3 VwVG zum Entzug der aufschiebenden Wirkung *berechtigt*, selbst wenn das kantonale Recht etwas anderes vorsehen sollte.<sup>85</sup>

Des Weiteren können sich Verzögerungen im Rechtsschutz auch ergeben durch einen mittels bundesrätlicher Notverordnungen *angeordneten Fristenstillstand*.<sup>86</sup>

## 5. Materielle Vorfragen für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der bundesrätlichen Coronamassnahmen

Im vorliegenden Zusammenhang können wichtige materielle Vorfragen für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der bundesrätlichen Coronamassnahmen nicht vertieft werden. Es handelt sich etwa um die Fragen, ob der Bundesrat Notverordnungen *contra legem* oder *praeter legem* erlassen kann<sup>87</sup> oder, inwiefern wissenschaftliche Evidenz für bundesrätliche Coronamassnahmen massgeblich ist.<sup>88</sup>

In der Lehre ist zudem umstritten, ob Art. 7 EpG gegenüber Art. 185 Abs. 3 BV bloss *deklaratorischer Charakter* zukommt.<sup>89</sup> Auch diese Frage kann hier aus Platzgründen nicht vertieft werden. Dazu nur der folgende Hinweis: Wenn dem sehr offen formulierten Art. 7 EpG eine eigenständige, über Art. 185 Abs. 3

---

<sup>84</sup> Vgl. auch FELIX UHLMANN, Coronavirus: Herausforderung auch für das Recht, 2. März 2020, S. 3, am Beispiel verbotener Anlässe: «Vermutungsweise werden Behörden und Gerichte einem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung entziehen, so dass der Anlass bis zum Entscheid des Gerichts verboten bleibt.»

<sup>85</sup> KIENER (Fn. 83), N 14 zu Art. 55 VwVG.

<sup>86</sup> Vgl. die Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 20. März 2020, gültig bis 19. April 2020 (SR 173.110.4).

<sup>87</sup> [Vgl. vorne](#); vgl. auch BIAGGINI (Fn. 15), N 10c zu Art. 185 BV; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (Fn. 3), S. 696–697; KASPAR GERBER, [Wissenschaftliche Evidenz und Corona-Massnahmen des Bundes](#), in: Jusletter 14. April 2020, N 8; KLEY (Fn. 7), S. 272–273.

<sup>88</sup> GERBER, [wissenschaftliche Evidenz](#) (Fn. 87), *passim*; ders. [wissenschaftliche Evidenz – Update](#) (Fn. 79), *passim*.

<sup>89</sup> Bejahend: BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (Fn. 3), S. 363–364; GERBER, [Wissenschaftliche Evidenz](#) (Fn. 87), N 8; verneinend: BIAGGINI (Fn. 15), N 10c zu Art. 185 BV; KLEY (Fn. 7), S. 272–273.

BV *hinausgehende materielle Bedeutung* zuerkannt würde, wären gestützt auf Art. 7 EpG erlassene bundesrätliche Verordnungen durch Art. 190 BV in erheblichem Umfang «immunisiert». Eine akzessorische Normenkontrolle wäre deshalb in weiten Bereichen nicht zulässig.<sup>90</sup>

Vorliegend interessiert jedoch viel mehr, ob (bei selbstverständlich völlig unbestrittenem Handlungsbedarf) unter (rein) epidemiologischen Gesichtspunkten *überhaupt* eine ausserordentliche Lage vorlag bzw. vorliegt, in welcher der Bundesrat zum Erlass von diesbezüglichem Notverordnungsrecht befugt war bzw. ist.

In Bezug auf die Bewältigung einer Notsituation sieht das EpG ein *dreistufiges Modell* vor (normale Lage, besondere Lage und ausserordentliche Lage).<sup>91</sup> Art. 6 EpG (besondere Lage) umschreibt die Befugnisse des Bundesrates, die ihm in Situationen zukommen, welche die Voraussetzungen für die Anwendung von konstitutionellem Notstandsrecht nach Art. 7 EpG (*noch*) *nicht erfüllen*. Diese Bestimmung wurde vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem schweren akuten respiratorischen Syndrom (SARS) geschaffen.<sup>92</sup> Als Beispiele für eine besondere Lage nennt der Bundesrat die *moderate Influenzapandemie* und SARS.<sup>93</sup> Die ausserordentliche Lage liesse sich beispielsweise erst bei einer *Worst-Case-Pandemie* (*Spanische Grippe 1918*) begründen.<sup>94</sup>

Die SARS-Pandemie konnte in der Schweiz glücklicherweise ohne derart drastische Massnahmen bewältigt werden, wie der Bundesrat sie zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie in der Schweiz ergriffen hat (Schulschliessungen, Beinahe-Ausgangssperre usw.). Das in der Botschaft zum EpG mit den genannten Beispielen untermauerte *dreistufige Modell* gilt laut BAG auch im Jahr 2020 noch.<sup>95</sup>

Der Bundesrat vertritt zur Notwendigkeit der Erklärung zur «juristischen Frage» der *besonderen* oder *ausserordentlichen* Lage die folgende Haltung: Wie schon «mehrmals betont», brauche man «für die epidemiologische Seite» die ausserordentliche Lage nicht. «Aufgrund des Epidemiengesetzes und der besonderen Lage» könne man «alle diese Massnahmen» auch «problemlos» um-

---

<sup>90</sup> BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (Fn. 3), S. 694.

<sup>91</sup> Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010 (BBl 2011 311), S. 337, S. 343, S. 362–363, S. 443.

<sup>92</sup> Botschaft (Fn. 91), BBl 2011 311, S. 364.

<sup>93</sup> Botschaft (Fn. 91), BBl 2011 311, S. 363.

<sup>94</sup> Botschaft (Fn. 91), BBl 2011 311, S. 363.

<sup>95</sup> BAG, Normale, besondere und ausserordentliche Lage, Faktenblatt vom 28. Februar 2020, S. 2.

setzen. Die «ausserordentliche Lage» als Grundlage für die getroffenen Massnahmen war jedoch erforderlich, um im März und April weitere Massnahmen zu treffen (z.B. die Stützung der Wirtschaft). Dies wäre nicht möglich gewesen «aufgrund des Epidemiengesetzes». Dafür brauche es eine Überführung in ordentliches Recht und das beanspruche eine gewisse Zeit.<sup>96</sup>

Es lässt sich also feststellen, dass der Bundesrat beim epidemiologischen «Kernproblem» der Covid-19-Pandemie *gar keinen Grund* für die ausserordentliche Lage nach Art. 7 EpG sah bzw. sieht.<sup>97</sup> Vielmehr geht der Bundesrat in der gegenwärtigen Covid-19-Pandemie aus *rein epidemiologischer Sicht* von der besonderen Lage nach Art. 6 EpG und damit *implizit* von der Gefährlichkeit einer moderaten Influenzapandemie oder von SARS aus.<sup>98</sup>

Somit kann die Rechtmässigkeit von epidemiologisch motivierten Massnahmen in der auf Art. 7 EpG basierenden Covid-19-Verordnung 2 zumindest hinterfragt werden, soweit sie – was eine nähere Analyse voraussetzt – über die im EpG in der «besonderen Lage» nach Art. 6 EpG vorgesehenen Vorkehrungen<sup>99</sup> in Schärfe und zeitlicher Hinsicht hinausgehen. Erst für die unstreitig notwendige *Bewältigung der gravierenden wirtschaftlichen Folgeprobleme* war nach Ansicht des Bundesrates die Erklärung der «ausserordentlichen Lage» und damit des Regimes nach Art. 185 Abs. 3 BV notwendig.

Es wäre also zu prüfen, ob der Bundesrat mit zu drastischen und zeitlich *überzogenen* – weil nicht durch eine *epidemiologisch bedingte* ausserordentliche Lage gerechtfertigten – epidemiologisch motivierten Massnahmen die wirtschaftlichen Folgeprobleme allenfalls unnötig verschlimmert hat.<sup>100</sup> Diese

---

<sup>96</sup> Bundesrat, [Medienkonferenz vom 8. Mai 2020](#), Votum Bundesrat BERSET, 28m50s-30m46s; vgl. auch Bundesrat, [Medienkonferenz vom 20. Mai 2020](#), Votum Bundesrat BERSET, 34m46s-35m41s, speziell 34m52s-35m08s.

<sup>97</sup> Vgl. dazu auch GERBER, [Wissenschaftliche Evidenz](#) (Fn. 87), N 31.

<sup>98</sup> [Vgl. vorne.](#)

<sup>99</sup> In der «besonderen Lage» beschränkt sich der Handlungsspielraum des Bundesrates auf die in den Art. 31-38 sowie 40 EpG festgelegten Massnahmen (Botschaft [Fn. 91], BBl 2011 311, S. 365).

<sup>100</sup> Zur «Kausalkette» von bundesrätlichen Reaktionen auf einen «Notstand» und die dadurch begünstigte «weitere Notrechtslage» BRUNNER/WILHELM/UHLMANN (Fn. 3), S. 694.

Frage dürfte bei allfälligen künftigen Rechtsstreitigkeiten aller Art<sup>101</sup> oder zumindest bei der politischen sowie journalistischen Aufarbeitung der Covid-19-Pandemie in der Schweiz eine Rolle spielen.

## V. Schluss

Der Rechtsschutz im Zusammenhang mit Massnahmen des Bundesrates zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie gemäss Covid-19-Verordnung 2 ist insbesondere in Form der konkreten Normenkontrolle der Covid-19-Verordnung 2 im Sinne von Art. 13 EMRK grundsätzlich sichergestellt. Das gilt auch für die Schliessung von öffentlichen Einrichtungen für das Publikum und die zugehörigen Schutzkonzepte. Ein (in untechnisch verstandenem Sinn) wirksamer Rechtsschutz dürfte allerdings in *zeitlicher Hinsicht* kaum je gewährleistet sein, weil die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels in der Regel wohl nicht gewährt wird.<sup>102</sup>

Die von der Schliessung für das Publikum betroffenen öffentlichen Einrichtungen können bei der *zuständigen kantonalen Behörde* (meist Arbeitsinspektorat, Gewerbepolizei oder Kantonsarztamt) eine Verfügung über sämtliche mit der Schliessung einer öffentlichen Einrichtung verbundenen Fragen (generelle Schliessung; Öffnung mit Schutzkonzept) verlangen.<sup>103</sup> Der letztinstanzliche kantonale Entscheid kann mit Beschwerde *beim Bundesgericht* angefochten werden.<sup>104</sup>

Der Bundesrat sah beim epidemiologischen «Kernproblem» der Covid-19-Pandemie gar keinen Grund für die ausserordentliche Lage nach Art. 7 EpG. Erst für die notwendige Bewältigung der gravierenden wirtschaftlichen Folgeprobleme war nach Ansicht des Bundesrates die Erklärung der «ausserordentlichen Lage» und damit des Regimes nach Art. 185 Abs. 3 BV notwendig. Es wäre zu prüfen, ob der Bundesrat mit zu drastischen und zeitlich *überzogenen* – weil nicht durch eine *epidemiologisch bedingte* ausserordentliche Lage ge-

---

<sup>101</sup> Zur eventuellen «Staatshaftung» nur die folgenden Hinweise: Nach Art. 63 EpG kann die anordnende Behörde Personen, die aufgrund behördlicher Massnahmen nach den Art. 33–38 sowie 41 Abs. 3 Schäden erleiden, unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse dieser Personen entschädigen, soweit die Schäden nicht anderweitig gedeckt werden. Keine Entschädigungspflicht nach Art. 63 EpG besteht jedoch für Schäden vor, die im Zusammenhang mit gesundheitspolizeilichen Massnahmen gegenüber der Bevölkerung verursacht werden (Botschaft [Fn. 91], BBl 2011 311, S. 410). Art. 63 EpG fand in beiden Räten diskussionslose Zustimmung (AB 2012 N 320; AB 2012 S 394).

<sup>102</sup> [Ziff. IV.4.](#) vorne.

<sup>103</sup> [Vgl. vorne.](#)

<sup>104</sup> [Vgl. vorne.](#)

rechtfertigten – epidemiologisch motivierten Massnahmen die wirtschaftlichen Folgeprobleme *der Covid-19-Pandemie* allenfalls unnötig verschlimmert hat. Diese Frage dürfte bei allfälligen künftigen Rechtsstreitigkeiten aller Art oder zumindest bei der politischen sowie journalistischen Aufarbeitung der Covid-19-Pandemie in der Schweiz eine Rolle spielen.<sup>105</sup>

---

<sup>105</sup> [Vgl. vorne](#) ff.



# Streifzug durch den Rechtsschutz\*

## Aktualisierte Gedanken zum möglichen Rechtsweg im Lichte der Covid-19-Verordnung besondere Lage (Stand am 29. Oktober 2020)

Der Bundesrat hat per 29. Oktober 2020 die Covid-19-Verordnung besondere Lage abermals geändert und zusätzliche Massnahmen gegenüber Personen, betreffend öffentlich zugängliche Einrichtungen und Betriebe und Veranstaltungen sowie zum Arbeitnehmerschutz eingeführt. Daraus ergibt sich Gelegenheit zu einem kurzen Streifzug durch den Rechtsschutz im Zusammenhang mit «Erleichterungen durch die Kantone», mit der Situation in Fitnesscentern, mit der Maskentragpflicht im Freien und mit kantonalen Corona-Verordnungen.

### I. Erweiterte Sicht auf «Veranstalter» und kantonale Corona-Verordnungen

Der letzte [Blogbeitrag des Schreibenden vom 21. Oktober 2020](#) zum Rechtsweg bei Coronamassnahmen nahm nur die Sicht der interessierten Einzelperson gegenüber den bundesrätlichen Coronamassnahmen gemäss Covid-19-Verordnung besondere Lage ein. Die darauffolgenden ausführlichen Hinweise von DANIEL KETTIGER,<sup>1</sup> insbesondere auf die «Erleichterungen für Veranstalter» nach Art. 7 Covid-19-Verordnung besondere Lage und auf zusätzliche, mittels Verordnungen geregelte kantonale Coronamassnahmen, eröffnen eine interessante Perspektive auf ausgewählte Bereiche des Rechtsschutzes im Hinblick auf die per 29. Oktober 2020 abermals geänderte Covid-19-Verordnung besondere Lage mit ihren zusätzlichen Massnahmen gegenüber Personen, betreffend öffentlich zugängliche Einrichtungen und Betriebe und Veranstaltungen sowie zum Arbeitnehmerschutz.<sup>2</sup>

---

\* Erschienen in: Jusletter, Coronavirus-Blog vom 2. November 2020.

<sup>1</sup> Kommentar im Jusletter Coronavirus-Blog von DANIEL KETTIGER vom 30. Oktober 2020 zum Beitrag von Kaspar Gerber vom 21. Oktober 2020.

<sup>2</sup> AS 2020 4503 (alle Websites zuletzt besucht am 1. November 2020).

## II. Kantonale Bewilligung für einen «erweiterten» Familienanlass

Eine Privatperson könnte – soweit sie tatsächlich «Organisator» und nicht bloss «Gast» ist – versuchen, gestützt auf Art. 7 Covid-19-Verordnung besondere Lage («Erleichterungen durch die Kantone») bei der zuständigen kantonalen Behörde eine *Verfügung* auf Gewährung eines «erweiterten» Familienanlasses zu erwirken. Die materiellen Erfolgsaussichten wären allerdings nach Massgabe der Erläuterungen zur Covid-19-Verordnung besondere Lage mit hoher Wahrscheinlichkeit sehr *bescheiden*, da «das Erfordernis des überwiegenden öffentlichen Interesses» es «in aller Regel nicht zulassen» wird, «dass private Veranstaltungen mit Erleichterungen stattfinden können.» Denn «mit Blick auf die bereits bestehenden Lockerungen und Durchführungsmöglichkeiten nach dieser Verordnung einerseits und die Verantwortlichkeit der Kantone bezüglich der Durchführbarkeit etwa eines Contact Tracings andererseits ist von einer geringen Anzahl von Ausnahmegewilligungen auszugehen».<sup>3</sup>

## III. Situation in den Fitnesscentern

Nach Art. 6e Abs. 1 lit. b Ziff. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage sind von Einzelpersonen und in Gruppen bis zu 15 Personen ab 16 Jahren ausgeübte Sportaktivitäten ohne Körperkontakt in Innenräumen zulässig, wenn eine Gesichtsmaske getragen und der erforderliche Abstand eingehalten wird; auf das Tragen einer Gesichtsmaske kann verzichtet werden in grossen Räumlichkeiten, wenn zusätzliche Abstandsvorgaben und Kapazitätsbeschränkungen gelten.

In den Erläuterungen vom 21. Oktober 2020 zur vorherigen Version der Covid-19-Verordnung besondere Lage (Änderung vom 18. Oktober 2020 [Maskentragpflicht; private Veranstaltungen; Empfehlungen Homeoffice])<sup>4</sup> wurde für die Begründung der Maskentragpflicht in Sport- und Fitnessseinrichtungen zwischen «ruhigen» und «körperlich anstrengenden» sportlichen Aktivitäten ein *Unterschied* gemacht:

«Trainingsbereiche von Sport- und Fitnessseinrichtungen: eine Pflicht zum Tragen einer Gesichtsmaske ist mit den dort ausgeübten Tätigkeiten meist nicht zu vereinbaren, z. B. aufgrund der körperlichen Anstrengung, des mit der Sportart einhergehenden Körperkontakts. In solchen Bereichen muss in jedem Fall ein wirksames Schutzkonzept bestehen. Bei «ruhigeren» sportlichen Tätig-

---

<sup>3</sup> [Bundesamt für Gesundheit \(BAG\), Erläuterungen zur Covid-19-Verordnung besondere Lage, Version vom 30. Oktober 2020](#), S. 17.

<sup>4</sup> AS 2020 4159.

keiten schränkt das Tragen einer Maske demgegenüber nicht ein, ebenso in Pausen. Auch in jenen Bereichen, in denen keine sportlichen Tätigkeiten ausgeübt werden, wie etwa Empfangs-, Garderobe- und Verpflegungsbereichen, besteht generell die Pflicht zum Tragen einer Gesichtsmaske nach Absatz 1.»<sup>5</sup>

In der aktuellen Fassung der Erläuterungen vom 30. Oktober 2020 entfällt die Differenzierung nach der Trainingsintensität für die Begründung der Masken-tragpflicht *an sich*:

Sportaktivitäten «von Einzelpersonen und in Gruppen bis zu 15 Personen ab 16 Jahren ausgeübte Aktivitäten, die mit keinem Körperkontakt verbunden sind» sind zulässig «in Innenräumen von öffentlich zugänglichen Einrichtungen und Betrieben, wenn eine Gesichtsmaske getragen *und* der erforderliche Abstand eingehalten wird. Damit erfasst werden etwa Aktivitäten in Innenräumen wie Geräteturnen, Yoga, Zumba, Training in Fitnesszentren etc. Auf das Tragen einer Gesichtsmaske kann verzichtet werden in grossen Räumlichkeiten, wenn zusätzliche Abstandsvorgaben und Kapazitätsbeschränkungen gelten und die Lüftung gewährleistet ist. Erlaubt sind unter diesen Voraussetzungen auch Wassersportarten in Hallenbädern oder Tennispartien in Hallen, wenn zusätzliche Abstandsvorgaben und Kapazitätsbeschränkungen gelten (Flächen von über 15m<sup>2</sup> resp. bei ruhigen Sportarten 4m<sup>2</sup>)».<sup>6</sup>

Dementsprechend bilden nur die *Platzverhältnisse* und die Frage nach der *Belüftung der Räumlichkeiten* die Kriterien für die Schutzkonzepte im jeweiligen *Trainingsraum*.<sup>7</sup>

Der innerhalb von knapp zehn Tagen erfolgte *Meinungsumschwung* zur Relevanz der Trainingsintensität im Zusammenhang mit der Maskentragpflicht ist *sachlich nicht nachvollziehbar*. Im Gegensatz zu leichten bis moderaten körperlichen Anstrengungen kann sich die durch die Maske verursachte verminderte *Sauerstoff-* bzw. *vermehrte CO<sub>2</sub>-Zufuhr* leistungsmindernd auswirken. Zudem kann die Maske als «Fremdkörper im Gesicht» eine *Ablenkung* bewirken. Dies kann beispielsweise beim intensiven Krafttraining insbesondere bei (sub)maximalen Belastungen *sicherheitsrelevante kontrollierte Bewegungsabläufe* stören. Zudem fördert die körperliche Anstrengung das Schwitzen, dadurch die Durchfeuchtung der Maske und demzufolge die dortige *Vermehrung*

---

<sup>5</sup> [BAG, Bisherige Fassungen der Erläuterungen zu den Covid-19-Verordnungen, ZIP-Sammelordner](#).

<sup>6</sup> BAG (Fn. 3), S. 14. Laut [Schutzkonzept für die Fitnessbranche unter Covid-19 des Schweizer Fitness- und Gesundheitscenter Verbands \(SFGV\), Version vom 29. Oktober 2020, S. 5](#), besteht in Trainingsräumen keine Maskentragpflicht. Das BAG widersprach dieser Ansicht in [20 Minuten vom 30. Oktober 2020](#).

<sup>7</sup> BAG (Fn. 3), S. 22–23.

von Keimen verschiedener Art. Die Maskentragpflicht in Fitnesscentern ist insoweit stossend und potenziell gesundheitsgefährdend. Dies gilt im Speziellen für Fitnesscenter, in welchen während der *Öffnungszeiten immer anwesendes Fachpersonal* die Aufsicht wahrnimmt und auch die Abstandsregeln durchsetzen kann. Zudem verfügen nur *wenige Fitnesscenter* über – für die Ausnahme von der Maskentragpflicht notwendige – ähnliche Raumverhältnisse wie in einer Tennishalle oder über ein ausgeklügeltes Lüftungssystem mit Frischluft.

Fitnesscenter gehören zum in Art. 6e Covid-19-Verordnung besondere Lage normierten «Sportbereich» und unterstehen somit der Regelung von Art. 7 Covid-19-Verordnung besondere Lage («Erleichterungen durch die Kantone»). Ein Betreiber eines Fitnesscenters könnte also unter Berufung auf Art. 7 Covid-19-Verordnung besondere Lage bei der zuständigen kantonalen Behörde Befreiung von der Maskentragpflicht im Trainingsbereich bei *gleichzeitig* verschärftem individuellem Schutzkonzept beantragen und dies beispielsweise mit dem *öffentlichen Interesse* der Gesundheitsförderung durch Sport begründen. Gleichzeitig würde der *Weg für die konkrete Normenkontrolle* der einschlägigen Bestimmungen der Covid-19-Verordnung besondere Lage eröffnet.

Diese Möglichkeit haben die Kundinnen und Kunden von Fitnesscentern, die nicht «Veranstalter» oder «Betreiber» und daher nicht *Normadressaten* von Art. 7 Covid-19-Verordnung sind, freilich nicht. Sie können höchstens *bilateral versuchen*, den Betreiber dazu zu bewegen, sich mit einem Gesuch um «Erleichterungen» nach Art. 7 Covid-19-Verordnung an den Kanton zu wenden. Es besteht jedoch für die einzelnen Kundinnen und Kunden keine Möglichkeit, sich in *eigenem Namen* via Art. 7 Covid-19-Verordnung besondere Lage bei einer kantonalen Instanz gegen die Maskentragpflicht in ihrem Fitnesscenter zur Wehr zu setzen.

In Fällen, in denen nach Art. 7 Covid-19-Verordnung besondere Lage «Erleichterungen durch die Kantone» grundsätzlich infrage kommen, könnte aus Sicht der maskentragpflichtigen Kundin bzw. des maskentragpflichtigen Kunden argumentiert werden, dass diese bzw. dieser punkto Rechtsschutz nicht *schlechter gestellt* werden darf als der Betreiber des Fitnesscenters. So betrachtet könnten auch Kundinnen und Kunden bei der zuständigen kantonalen Behörde eine Verfügung über die Maskentragpflicht im Fitnesscenter verlangen und so auch die konkrete Normenkontrolle der einschlägigen Bestimmungen der Covid-19-Verordnung besondere Lage «aufgleisen». Das notwendige aktuelle und praktische Interesse ergäbe sich aus der Tatsache, dass die Kundin bzw. der Kunde im besagten Fitnesscenter trainiert.

## IV. Maskentragpflicht im Freien

Wie lässt sich die gegenwärtige Evidenzlage zur Maskentragpflicht (im Freien) skizzieren? Der Bundesrat hielt am 2. September 2020 fest: «Es gibt bisher keine gesicherten wissenschaftlichen Ergebnisse zur Frage, in welchem Ausmass eine allgemeine Maskentragpflicht zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie beitragen würde.»<sup>8</sup> Dennoch richtete sich der Bundesrat für die schweizweit per 20. Juni 2020 eingeführte Maskentragpflicht bei Demonstrationen sowie per 6. Juli 2020 im öffentlichen Verkehr nach den Empfehlungen der WHO.<sup>9</sup> Ob diese Empfehlungen der WHO eher als «evidenzbasiert» oder doch als «eminenzbasiert» betrachtet werden müssen, wäre anderenorts zu vertiefen.

Das deutsche Robert-Koch-Institut (RKI) stuft die Wahrscheinlichkeit einer Übertragung *im Aussenbereich* aufgrund der Luftbewegung als *sehr gering ein*, wenn der Abstand von 1,5 Metern eingehalten wird.<sup>10</sup> Auch die Weltgesundheitsorganisation (WHO) empfiehlt in ihrem neusten, aktualisierten Bericht *Masken vor allem für Innenräume*.<sup>11</sup>

Während sich in der gegenwärtigen Coronasituation die Maskentragpflicht vor allem in *geschlossenen, schlecht* mit Frischluft durchlüfteten Räumen, in welchen die Abstandsregeln nicht eingehalten werden können, einigermassen begründen lässt, ist die Evidenzlage für den Aussenbereich *sehr dünn*.

Seit 29. Oktober 2020 sieht Art. 3c Abs. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage («Massnahmen im öffentlichen Raum») vor, dass jede Person im öffentlichen Raum in folgenden Bereichen eine Gesichtsmaske tragen muss: in belebten Fussgängerbereichen von urbanen Zentren und Dorfkernen (lit. a); in weiteren Bereichen des öffentlichen Raums, sobald es zu einer Konzentration von Personen kommt, bei welcher der erforderliche Abstand nicht eingehalten werden kann (lit. b).

Den zugehörigen Erläuterungen lässt sich u.a. Folgendes entnehmen:

«Absatz 2: Jede Person muss in bestimmten Bereichen im öffentlichen Raum eine Gesichtsmaske tragen. Dazu gehören belebte Fussgängerbereiche von ur-

---

<sup>8</sup> Bundesrat, Anfrage PIERO MARCHESI, [20.1011. Maskentragpflicht. Es braucht Klarheit. Einreichungsdatum 6. Mai 2020, Antwort des Bundesrates vom 2. September 2020.](#)

<sup>9</sup> Bundesrat (Fn. 8).

<sup>10</sup> [RKI, SARS-CoV-2 Steckbrief zur Coronavirus-Krankheit-2019 \(Covid-19\), Ziffer 2. Übertragungswege in der Allgemeinbevölkerung \(gesellschaftlicher Umgang\), Stand 30. Oktober 2020.](#)

<sup>11</sup> [WHO, Coronavirus disease \(Covid-19\): Masks, 9. Oktober 2020.](#)

banen Zentren und Dorfkernen. Hintergrund dieser Regelung ist, dass in diesen Bereichen stets mit vielen Menschen zu rechnen ist, was die Einhaltung des Abstands oftmals verunmöglichet.»<sup>12</sup>

Die Wertung «stets» scheint übertrieben zu sein. In den beginnenden kälteren Jahreszeiten nimmt die Zirkulation von Personen in urbanen Zentren und Dorfkernen tendenziell ab, abgesehen zum Beispiel von (vor)weihnächtlichen Anlässen. Des Weiteren ist die Situation im urbanen Bereich nicht mit dem Dorfkern eines kleinen Dorfes vergleichbar. Die Erläuterungen dürfen jedenfalls nicht als eine unwiderlegbare Vermutung («Fiktion») betrachtet werden, wonach im öffentlichen Aussenbereich die Abstandsregeln *ohnehin* nicht eingehalten bzw. durchgesetzt werden können. Es muss immer in der konkreten Situation beurteilt werden, ob das Personenaufkommen die Maskentragpflicht rechtfertigt. Dazu ist in materieller Hinsicht der Beschluss des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 26. Oktober 2020 *zumindest illustrativ*. Für die Heidelberger Altstadt hat das Gericht die Maskentragpflicht als *unverhältnismässig* eingestuft. Abstand halten reiche aus. Zudem sei der Mindestabstand «nicht rund um die Uhr unmöglich».<sup>13</sup>

Für «Massnahmen im öffentlichen Raum» nach Art. 3c besteht weder für «Betreiber» noch für einzelne Privatpersonen eine Möglichkeit für «Erleichterungen durch die Kantone» nach Art. 7 Covid-19-Verordnung besondere Lage, welche nach diesem Artikel nur für das Schutzkonzept nach Art. 4 Abs. 2–4 sowie die Veranstaltungen und Institutionen nach den Art. 5–6f Covid-19-Verordnung besondere Lage möglich sind.

## V. Kantonale Corona-Verordnungen

Die schon bei «virtueller Betroffenheit» grundsätzlich mögliche Überprüfung der kantonalen Corona-Verordnungen im Verfahren der *abstrakten Normenkontrolle* (bis) vor Bundesgericht<sup>14</sup> funktioniert nur, wenn die Coronamassnahmen in Verordnungsform erlassen werden. Beispielsweise im Kanton Solothurn ergingen für die Ergreifung von Coronamassnahmen bis vor Kurzem *Allgemeinverfügungen des Kantonsarztes (namens des Innendepartements)*, darunter die Allgemeinverfügung vom 28. August 2020 für die Ausdehnung der

---

<sup>12</sup> BAG (Fn. 3), S. 3–4.

<sup>13</sup> VG Karlsruhe, 26. Oktober 2020 - [7 K 4209/20](#); [Legal Tribune Online, Maskenpflicht in Heidelberger Altstadt gekippt, 26. Oktober 2020](#).

<sup>14</sup> BGer-Urteil 2C\_72/2017 vom 25. März 2020, E. 2.1.

Maskentragpflicht auf Einkaufsläden und -zentren. Dazu hat im nachfolgenden Beschwerdeverfahren das Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn in seinem Urteil vom 21. Oktober 2020 festgehalten:

«Als Einwohner des Kantons Solothurn ist der private Beschwerdeführer B.\_\_\_\_ von der Maskentragpflicht beim Einkaufen auf Kantonsgebiet zwar direkt betroffen und hat wohl ein aktuelles und praktisches Interesse an der Aufhebung dieser Massnahme. Die Stellung als potentieller Kunde von Einkaufsläden führt jedoch nicht zu einer besonderen Berührtheit. Der Beschwerdeführer ist durch die Einführung bzw. Ausdehnung der Maskentragpflicht nicht mehr als jedermann sonst, der im Kanton Solothurn wohnt oder einkaufen will, betroffen und behauptet dies auch nicht. Er ist nicht Spezialadressat der Verfügung, sondern Normaladressat. Damit ist er nicht besonders berührt im Sinne des Gesetzes und deshalb zur Beschwerde nicht legitimiert. Nicht ausgeschlossen ist bei diesem Ergebnis allenfalls eine vorfrageweise Überprüfung der kritisierten Norm im Anwendungsfall.»<sup>15</sup>

Dieses Verdikt ist bemerkenswert, da der Regierungsrat des Kantons Solothurn noch im September 2020 die Allgemeinverfügung als Mittel zur Implementierung von Coronamassnahmen als «bürgerfreundlich», weil für jedermann beim kantonalen Verwaltungsgericht anfechtbar, bezeichnet hat. Für «nicht bürgerfreundlich» hielt der Regierungsrat im Gegenzug etwa Verordnungen der Regierung – über eine «unbestimmte Anzahl von Situationen». Dagegen könne man sich nur mit Beschwerde beim Bundesgericht wehren.<sup>16</sup>

Zudem bleibt schleierhaft, was es für einen «Anwendungsfall» noch braucht, nachdem die Allgemeinverfügung unmittelbar mit Inkrafttreten und *ohne behördlichen Umsetzungsakt* materiell gleichermaßen in Rechte und Pflichten der Rechtsunterworfenen eingreift. Die Provozierung eines (strafbewehrten) Eskalationsfalls kann aufgrund des *Nemo-tenetur*-Grundsatzes kaum verlangt werden. Generell gilt für Massnahmen gemäss EpG:<sup>17</sup> «Es sind Verfahren einzurichten, welche den Betroffenen eine Überprüfung der Einschränkung der

---

<sup>15</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Solothurn VWBES.2020.338 vom 21. Oktober 2020 E. 3.1.1.

<sup>16</sup> [Solothurnerzeitung vom 23. September 2020, Wer soll in der Pandemie entscheiden? Regierung will Verfügungen nicht unterzeichnen.](#)

<sup>17</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012 (Stand am 25. Juni 2020), SR 818.101.

Grundrechte ermöglichen.»<sup>18</sup> Diese Vorgabe schliesst es aus, den Rechtsschutz *nur im Eskalationsfall* zu gewähren mit dem entsprechenden Damoklesschwert einer Busse (vgl. Art. 83 Abs. 1 lit. j EpG) im Falle des Unterliegens.

Immerhin wurde diese Solothurner «Allgemeinverfügungspraxis» vor knapp zwei Wochen aus verschiedenen Gründen völlig zu Recht aufgegeben. Kantonale Coronamassnahmen von erheblicher Tragweite werden nun in der Regel mittels regierungsrätlicher Verordnungen beschlossen. Diese neuesten Corona-Verordnungen<sup>19</sup> stützen sich allerdings unmittelbar auf Art. 79 Abs. 4 der Verfassung des Kantons Solothurn.<sup>20</sup> Dadurch werden nebenbei implizit die *ausserordentliche (epidemiologische) Lage* ausgerufen und die Frage nach der Zulässigkeit weitergehender kantonaler Coronamassnahmen gestützt auf Art. 8 Covid-19-Verordnung besondere Lage bzw. auf Art. 40 EpG *elegant umschifft*.

---

<sup>18</sup> Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 3. Dezember 2010, BBl 2011 387.

<sup>19</sup> [Kanton Solothurn, Corona-Onlineportal, Kantonale Rechtsgrundlagen](#).

<sup>20</sup> Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986 (Stand am 3. März 2016), SR 131.221.

# Rechtsschutz gegen bundesrätlich angeordnete Schliessungen von Gastronomiebetrieben und Fitnesscentern\*

## «Egoistische Verbandsbeschwerde» als Möglichkeit? Ein Gedankenexperiment

*Die einschlägigen Normen der Covid-19-Verordnung besondere Lage schränken schweizweit, unmittelbar und erheblich die Rechtsposition der Gastronomiebetriebe (Schliessung mit einzelnen erlaubten Tätigkeiten) und der Fitnesscenter (praktisch generelle Schliessung) ein. Das Rechtsschutzbedürfnis ist evident, der Rechtsweg allerdings weiterhin unklar bzw. zumindest unsicher. Es könnte daher erwogen werden, als Verbände der Gastronomie- und Fitnessbranche beim Eidgenössischen Departement des Innern eine den Rechtsweg an das Bundesverwaltungsgericht und an das Bundesgericht öffnende Verfügung zu verlangen (Art. 47 Abs. 6 RVOG). Die Erfolgsaussichten wären jedoch sehr fraglich. Jedenfalls drängen sich de lege ferenda griffige Rechtsschutzbestimmungen gegen vom Bund (gerade in der besonderen Lage) angeordnete Massnahmen zur Epidemienbekämpfung auf.*

### I. Einstieg

Mit der Änderung der Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 24. Februar 2021 per 1. März 2021 gehen die Massnahmen gegen die Covid-19-Pandemie in die nächste Runde.<sup>1</sup> Gastronomiebetriebe dürfen nur sehr eingeschränkte Dienstleistungen erbringen (Art. 5a), was einer Schliessung mit einzelnen erlaubten Tätigkeiten gleichkommt. Fitnesscenter bleiben abgesehen von spezifischen, hier nicht weiter interessierenden (theoretischen) Ausnahmen für unter 20-Jährige ganz geschlossen (Art. 5d).<sup>2</sup>

---

\* Erschienen in: Jusletter, Coronavirus-Blog vom 1. März 2021.

<sup>1</sup> [Bundesrat, «Coronavirus: Bundesrat beschliesst ersten, vorsichtigen Öffnungsschritt ab 1. März», Medienmitteilung vom 24. Februar 2021.](#)

<sup>2</sup> Vorliegend interessieren ausschliesslich die (praktisch ohnehin bedeutsamsten) Innenräume der Fitnesscenter, keine Freilufttrainingsanlagen; vgl. auch Fn. 37 hinten.

Nach wie vor stellen sich Fragen zum wirksamen Rechtsschutz gegen Coronamassnahmen, die mittels Bundesratsverordnung angeordnet werden.<sup>3</sup> Im Bereich des «Notrechts» wird mittlerweile – und auch schon vor der Covid-19-Pandemie – Reformbedarf anerkannt. Es wird etwa angeregt, gegen notrechtliche Akte des Bundesrats (und allenfalls auch des Parlaments) eine direkte Anfechtungsmöglichkeit (im Rahmen eines Eilverfahrens) beim Bundesgericht einzuführen («Notrechtsbeschwerde»)<sup>4</sup>. Der wirksame Rechtsschutz ist jedoch nicht nur bei «notrechtlichen» Massnahmen, sondern auch in der gegenwärtigen «besonderen Lage» nach Art. 6 EpG<sup>5</sup> bedeutsam, in welcher der Bundesrat mittels der Covid-19-Verordnung besondere Lage seit Monaten verschiedenste Coronamassnahmen ergreift. Der Beitrag geht der Frage nach, welche prozessualen Möglichkeiten der (nachträglichen) Verwaltungsrechtspflege *de lege lata* gegeben sind, um sich gegen die in der Covid-19-Verordnung besondere Lage vorgesehenen Massnahmen zur Wehr zu setzen. Als Beispiel dient die Situation von Gastronomieunternehmen und Fitnesscentern.<sup>6</sup> Nicht Gegenstand dieses Beitrags sind die *materiellen Erfolgsaussichten* der infrage kommenden Rechtsmittel sowie der Rechtsweg gegen von *kantonalen Behörden* angeordnete Massnahmen.

## II. Grundbedürfnisse für den Rechtsschutz

Es gibt in der Schweiz gut 20 000 Gastronomiebetriebe<sup>7</sup> und 1 200 Fitnesscenter.<sup>8</sup> Selbstverständlich können jeweils einzelne dieser Gastronomiebetriebe oder Fitnesscenter den Rechtsweg beschreiten. Für die gesamtschweizerische Branche ist diese Methode indessen *kaum schlagkräftig*. Auch die überkanto-

---

<sup>3</sup> Der Schreibende hat sich auch im Jusletter Coronavirus-Blog bereits mehrfach (und in einzelnen Punkten anders) zum Rechtsweg gegen bundesrätlich angeordnete Coronamassnahmen geäussert. Er versucht, seine Argumentation in diesem stark dynamischen rechtlichen Umfeld jeweils besseren Erkenntnissen in transparenter Weise anzupassen.

<sup>4</sup> ANDREAS STÖCKLI, Gewaltenteilung in ausserordentlichen Lagen – quo vadis?, in: Jusletter vom 15. Februar 2021, N 36 m.w.H.; vgl. auch «Gerichte schauen bei Notverordnungen weg», *Plädoyer* 6/2020, S. 16–18.

<sup>5</sup> Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012 (Stand am 25. Juni 2020), SR 818.101.

<sup>6</sup> In der Fitnessbranche ist der Leidensdruck hoch, sodass «Schadenersatzforderungen» gegenüber dem Bund geplant sind, [Schweizer Radio und Fernsehen \(SRF\), «Fitnesscenter verlangen Schadenersatz vom Bund», 20. Februar 2021.](#)

<sup>7</sup> Gemäss [Statista, Statistiken zur Gastronomie in der Schweiz](#) sind gegenwärtig in der Schweiz 22 996 Gastronomiebetriebe statistisch erfasst.

<sup>8</sup> [Schweizer Radio und Fernsehen \(SRF\), «Immer mehr Fitnesscenter - Kampf um Kunden spitzt sich zu», 3. Januar 2020.](#)

nale Vernetzung einzelner Gastronomiebetriebe oder Fitnesscenter für die Erreichung von Rechtsmitteln wäre aufgrund des erforderlichen *schweizweiten Koordinationsaufwands* enorm gross bzw. zu gross.

Für einen wirksamen Rechtsschutz drängt sich somit ein *organisiertes Vorgehen* auf. Damit ist die Rolle der Gastronomieverbände<sup>9</sup> und Fitnesscenterverbände<sup>10</sup> angesprochen. Es fragt sich im Folgenden, inwiefern diese Verbände für die wirksame Erreichung von Rechtsmitteln gegen die bundesrätlich angeordnete (teilweise) Schliessung von Gastronomiebetrieben und Fitnesscentern genutzt werden können.

### III. Kontrolle einer Verordnung des Bundesrates

Nach Art. 189 Abs. 4 BV<sup>11</sup> können aus *Gründen der Gewaltenteilung*<sup>12</sup> Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates beim Bundesgericht nicht angefochten werden. Ausnahmen bestimmt das Gesetz. Zu diesen «Akten der Bundesversammlung und des Bundesrates» gehören auch Rechtssetzungsakte wie Verordnungen.<sup>13</sup> Bundeserlasse unterliegen daher *keiner abstrakten Normenkontrolle*. Das Bundesgericht kann eine bundesrätliche Verordnung nur vorfrageweise im Rahmen einer *inzidenten Normenkontrolle* auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit hin prüfen.<sup>14</sup> So kann mit Beschwerde gegen eine(n) sich auf eine Verordnung des Bundesrats oder der Bundesversammlung abstützende *Verfügung bzw. Entscheid* einer Bundesverwaltungsbehörde oder ei-

---

<sup>9</sup> Eine Übersicht über die verschiedenen Verbände im Gastronomiebereich findet sich unter <<https://gastropedia.ch/verbaende-gastronomie/15589>>.

<sup>10</sup> [Schweizerischer Fitness- und Gesundheitscenter Verband SFGV](#); der Verband vereinigt nach eigenen Angaben rund 400 KMU mit 10 000 Arbeitsplätzen (SRF [Fn. 6]).

<sup>11</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Stand am 1. Januar 2021), SR 101.

<sup>12</sup> Vgl. THOMAS SÄGESSER, in: Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, vom 21. März 1997, Bern 2007, Art. 47 RVOG, N 45.

<sup>13</sup> GIOVANNI BIAGGINI, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 189 Zuständigkeiten des Bundesgerichts, N 19.

<sup>14</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_280/2020 vom 15. April 2020 E. 2.2.

ner kantonalen Behörde auch die *Rechtswidrigkeit der Verordnung* gerügt werden. Dadurch können Verordnungen grundsätzlich auf ihre Verfassungs- und Völkerrechtskonformität überprüft werden.<sup>15</sup>

Die im Folgenden zu klärende «Gretchenfrage» lautet, wie im Zusammenhang mit der (teilweisen) Schliessung von Gastronomiebetrieben und Fitnesscentern ein solcher, den Rechtsweg öffnender Entscheid zustande kommt.

## IV. Erlass vs. Verfügung

### I. Allgemeine Einordnung

Zu den *Erlassen* (Rechtssätzen) zählen Anordnungen generell-abstrakter Natur, die für eine unbestimmte Vielzahl von Menschen gelten und eine unbestimmte Vielheit von Tatbeständen regeln, ohne Rücksicht auf einen bestimmten Einzelfall oder auf eine einzelne Person, das heisst, dass sie *Allgemeinverbindlichkeit* beanspruchen.<sup>16</sup> Ein Rechtssatz begründet Rechte oder Pflichten der Parteien oder regelt die Organisation, Zuständigkeit oder die Aufgaben von Behörden oder das Verfahren.<sup>17</sup> Als *Verfügungen* gelten dagegen autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen aus-

---

<sup>15</sup> STÖCKLI (Fn. 4), N. 28. Bei unselbstständigen Bundesratsverordnungen – wie die Covid-19-Verordnung besondere Lage – prüft das Bundesgericht, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Soweit das Gesetz ihn nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen, bzw. seine Regelung nicht lediglich eine bereits im Gesetzesrecht angelegte Verfassungswidrigkeit übernimmt, beurteilt es auch deren Verfassungsmässigkeit. Wird dem Bundesrat ein sehr weites Ermessensspielraum eingeräumt, ist dieser für das Bundesgericht verbindlich. Es darf in diesem Fall nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat sich auf die Kontrolle zu beschränken, ob dessen Regelung den Rahmen der ihm im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist. Dabei kann es namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützt oder Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen fehlt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden sollen. Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, sich zu deren wirtschaftlichen oder politischen Sachgerechtigkeit zu äussern (Urteil des Bundesgerichts 1C\_576/2016 vom 27. Oktober 2017 E. 3.3 m.w.H.).

<sup>16</sup> BVGE 2016/15 E. 4.2 m.w.H.

<sup>17</sup> BVGE 2016/15 E. 4.2 m.w.H.

gerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind.<sup>18</sup> Eine Verfügung beantwortet nicht abstrakte, theoretische Rechtsfragen, sondern regelt *konkrete Rechtsverhältnisse* (Art. 5 VwVG<sup>19</sup>) oder trifft *entsprechende Feststellungen* (Art. 25 VwVG).<sup>20</sup>

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist auch bei einer Kombination von *Elementen einer Verfügung* mit normativen Bestimmungen in einem Text der ganze Text als «*texte normatif*» zu qualifizieren.<sup>21</sup> Als Allgemeinverfügungen gelten Anordnungen, die nicht individuell-konkret, sondern generell-konkret sind, das heisst, zwar einen spezifischen Sachverhalt regeln, aber eine unbestimmte Zahl von Adressaten betreffen.<sup>22</sup> Die Allgemeinverfügung ist dementsprechend eine Rechtsform *zwischen Rechtssatz und Verfügung*. Wie die Verfügung, regelt sie einen konkreten Fall, jedoch richtet sie sich im Unterschied zu dieser an einen grösseren, individuell nicht bestimmten Adressatenkreis, wobei dieser offen (unbestimmt) oder geschlossen (bestimmbar) sein kann.<sup>23</sup> Allgemeinverfügungen werden in Bezug auf ihre Anfechtbarkeit (nur) dann wie Verfügungen behandelt, wenn sie ohne konkretisierende Anordnung einer Behörde angewendet und vollzogen werden können.<sup>24</sup>

## 2. Situation bei der Covid-19-Verordnung besondere Lage

Die im EpG vorgesehenen Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit, die sich gegen bestimmte Personen oder gegen die Bevölkerung richten, greifen in *verfassungsrechtlich geschützte Grundrechte* (Persönlichkeitsrechte, Wirtschaftsfreiheit) ein.<sup>25</sup> Mit Inkrafttreten der Covid-19-Verordnung

---

<sup>18</sup> BVGE 2016/15 E. 4.3 m.w.H.

<sup>19</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968 (Stand am 1. Januar 2021), SR 172.021.

<sup>20</sup> BVGE 2016/15 E. 4.3 m.w.H.

<sup>21</sup> BVGE 2016/15 E. 4.2 m.w.H. Mit Inkrafttreten eines Erlasses (mit generell-abstrakten Regelungen) «passiert» für die Rechtsunterworfenen normalerweise zunächst «nichts». So werden mit Inkrafttreten des EpG noch keine Fitnesscenter oder Gastronomiebetriebe geschlossen und eine Maskenpflicht im Freien eingeführt. Erst wenn sich die vom Regelungsbereich des EpG erfasste Lebensrealität ändert, werden die Auswirkungen des Erlasses meist mittels darauf gestützter Verordnungen oder Verfügungen «spürbar». Man könnte hierfür die stark vereinfachende, jedoch illustrative Metapher wählen: Es kreist ein Geier über ein bestimmtes Gebiet (generell-abstrakt) und beim Anblick seiner Beute(n) schlägt er zu (individuell- oder generell-konkret).

<sup>22</sup> BVGE 2016/15 E. 4.4 m.w.H.

<sup>23</sup> BVGE 2016/15 E. 4.4 m.w.H.

<sup>24</sup> BVGE 2016/15 E. 4.4 m.w.H.

<sup>25</sup> BBl 2011 445.

besondere Lage und damit deren einschlägiger Normen findet ein *schweizweiter, unmittelbarer und erheblicher* Eingriff in die Rechtsposition der Gastronomiebetriebe (Schliessung mit einzelnen erlaubten Tätigkeiten) und der Fitnesscenter (praktisch generelle Schliessung) statt.<sup>26</sup> Dadurch wirkt sich die Covid-19-Verordnung besondere Lage insoweit *wie eine Allgemeinverfügung* auf den bestimmbaren Adressatenkreis der (während der Geltungsdauer der einschlägigen Artikel der Covid-19-Verordnung besondere Lage) aktiven oder im Aufbau befindlichen Gastronomiebetriebe und Fitnesscenter aus.<sup>27</sup>

Die betroffenen Gastronomieunternehmen und Fitnesscenter können ihre Geschäftsbeziehungen mit ihren Gästen bzw. Kunden nicht mehr *nach dem eigenen Willen* ausgestalten. Sie können nicht mehr *frei wählen*, mit wem und zu welchen Konditionen sie Geschäfte (u.a. Abos bei Fitnesscentern oder Festanlässe in Gastronomiebetrieben) abschliessen.<sup>28</sup> Diese Vertragsfreiheit bildet jedoch ein «zentrales Element der Wirtschaftsfreiheit» (Art. 27 BV).<sup>29</sup> Die betroffenen Gastronomieunternehmen und Fitnesscenter sind somit *stark in ihrer Wirtschaftsfreiheit* beeinträchtigt. Weiter liegen möglicherweise Eingriffe in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) der betroffenen Betriebe vor. Die Wirtschaftsfreiheit<sup>30</sup> und die Eigentumsgarantie<sup>31</sup> stehen natürlichen und juristischen Personen *gleichermassen* zu.

In einem solchen Fall mit direktem Grundrechtseingriff durch die Covid-19-Verordnung besondere Lage ist die Rechtsform der Verordnung *nicht unproblematisch*. Sie darf als Verordnung des Bundesrates und damit als *untaugliches Anfechtungsobjekt* (Ziff. III. vorne) keinesfalls bereits aus *formellen Gründen* jeden Rechtsschutz verunmöglichen.<sup>32</sup> Die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV gewährt einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung bei «Rechtsstreitigkeiten». Eine solche liegt (nur) vor bei Streitigkeiten, die im Zusam-

---

<sup>26</sup> FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar VwVG; 2. Aufl. 2016, Art. 5 VwVG, N 49 m.w.H.

<sup>27</sup> Freilich können während der Geltungsdauer der Covid-19-Verordnung besondere Lage auch einige Betriebe aus wirtschaftlichen Gründen «verschwinden»; in einigen Fällen wohl nicht zuletzt aufgrund der Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie.

<sup>28</sup> VIVIANE KULL, Die Tarifierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung, Wirkung von Rechtsgleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot in den Beziehungen unter Privaten, Zürich - Basel - Genf 2017 (= ZStöR 254), S. 231 m.w.H.

<sup>29</sup> KULL (Fn. 28), S. 231-232 mit Hinweisen u.a. auf BGE 130 I 26 E. 4.3.

<sup>30</sup> BGE 142 I 162 E. 3.2.1.

<sup>31</sup> BGE 132 I 140 E. 1.3.1.

<sup>32</sup> Vgl. UHLMANN (Fn. 26), N 49 am Beispiel der «Vermögenssperre» mit entsprechenden Hinweisen insbesondere auf die einschlägigen BGE 132 I 229 E. 4.4, BGE 133 II 450 und BGE 139 II 384.

menhang mit einer *individuell schützenswerten Rechtsposition* stehen, was *in casu* mit den beschriebenen Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit und möglicherweise in die Eigentumsgarantie der Fall ist.<sup>33</sup> Es besteht ein *erhebliches Rechtsschutzbedürfnis*. Daher drängt es sich auf, die einschlägigen Normen der Covid-19-Verordnung besondere Lage grundsätzlich mittels *Verfügung* zu konkretisieren.<sup>34</sup>

## V. Zuständigkeit für den Erlass einer Verfügung

### i. Kantonale Ebene

In gewissen Bereichen können die kantonalen Behörden nach Art. 7 Abs. 1 und Art. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage kantonale Erleichterungen gewähren. Dies könnte als «Einfallstor» gesehen werden, um eine Verfügung für die akzessorische Kontrolle der einschlägigen Artikel der Covid-19-Verordnung besondere Lage zu erwirken.<sup>35</sup> Im Gastronomiebereich sind allerdings *keine kantonalen Erleichterungen* möglich.<sup>36</sup> Entsprechende kantonale Entscheide sind daher weder *erforderlich noch vorgesehen*. Für Fitnesscenter sind (theoretisch) kantonale Erleichterungen *denkbar*.<sup>37</sup> Es könnte etwa bei den kantonalen Behörden das (wohl kaum erfolversprechende) Gesuch gestellt werden, es seien aufgrund der Voraussetzungen nach Art. 7 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage die kantonal ansässigen Fitnesscenter auch für über 20-Jährige zu öffnen, sodass sich ein Öffnen des Fitnesscenters

---

<sup>33</sup> BVGE 2016/15 E. 5.2 m.w.H.

<sup>34</sup> Vgl. dazu UHLMANN (Fn. 26), N 9: «So kann etwa die Frage, ob die Behörde einen Erlass noch mittels Verfügung zu konkretisieren hat, nicht ohne Blick auf mögliche Rechtsschutzbedürfnisse entschieden werden.»

<sup>35</sup> Streng genommen wäre das Rechtsschutzinteresse vorgeschoben, denn es geht nicht um eine kantonspezifische «Erleichterung», sondern um ein generelles Ablehnen der (teilweisen) Betriebsschliessung.

<sup>36</sup> Erleichterungen sind nach Art. 7 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage nur gegenüber den Vorgaben nach Art. 4 Abs. 2–4 sowie nach den Art. 6–6f bewilligungsfähig. Die Schliessung von Gastronomiebetrieben ist jedoch in Art. 5a ohne einen dortigen Rückverweis auf einzelne oder mehrere erlaubte Veranstaltungen und Aktivitäten nach den Art. 6–6f geregelt.

<sup>37</sup> Art. 5d Abs. 1 lit. d Covid-19-Verordnung besondere Lage erlaubt das Betreten öffentlich zugänglicher Innenbereiche für die Nutzung für erlaubte Veranstaltungen und Aktivitäten nach den Art. 6 Abs. 1 und 6e–6g.

möglicherweise halbwegs wirtschaftlich lohnt.<sup>38</sup> Dieses Vorgehen wird hier jedoch nicht weiter erörtert, da in diesem Beitrag ein *möglichst schweizweit wirksamer Rechtsschutz* interessiert ([Ziff. I.](#) vorne am Ende).

Ein Entscheid der zuständigen kantonalen Behörde wäre allenfalls dann notwendig, wenn z.B. streitig ist, ob es sich bei einem bestimmten Betrieb *überhaupt* um einen Gastronomiebetrieb oder um ein Fitnesscenter im Sinne der Covid-19-Verordnung besondere Lage handelt.

## 2. Bundesebene

Auf Bundesebene bietet Art. 47 Abs. 6 RVOG<sup>39</sup> weiteren Aufschluss: Nach Art. 47 Abs. 6 RVOG gehen Geschäfte des Bundesrates von Rechts wegen auf das in der Sache zuständige Departement über, soweit Verfügungen zu treffen sind, die der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegen. Mit dieser gesetzlichen Delegation an die «Fachdepartemente (Mittelinstanzen)»<sup>40</sup> lässt sich gegen solche Verfügungen der «Weg an das Bundesgericht öffnen».<sup>41</sup> Ohne diese gesetzliche Delegation nach Art. 47 Abs. 6 RVOG bestünde gegen Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates *kein genügender Rechtsschutz*.<sup>42</sup> Mit dieser Ansiedelung der Entscheidzuständigkeit (und damit des Anfechtungsobjektes) bei einer dem Bundesrat nachgeordneten Stelle wie dem Departement, lässt sich gewöhnlich eine «rechtsstaatlich befriedigende Lösung erzielen».<sup>43</sup> Art. 33 lit. d VGG<sup>44</sup> bezeichnet denn auch die *Departemente als Vorinstanzen* des Bundesverwaltungsgerichts.

Doch es gelten *Ausnahmen*. So schliessen Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG<sup>45</sup> die Anfechtung von Verfügungen auf dem Gebiet der inneren oder äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes

---

<sup>38</sup> Es ist in der gegenwärtigen Lage schlicht illusorisch, dass ein Fitnesscenter – obwohl *de iure* möglich (Art. 5d Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 6e Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage) – nur für unter 20-jährige Kundinnen und Kunden öffnet (Fixkosten, Schutzkonzepte, Mindereinnahmen, personalintensive Betreuung der Kundschaft usw.).

<sup>39</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997 (Stand am 2. Dezember 2019), SR 172.010.

<sup>40</sup> So BBl 1991 II 534.

<sup>41</sup> So BBl 1991 II 534; vgl. auch BBl 1993 III 1098.

<sup>42</sup> Vgl. SÄGESSER, (Fn. 12), N 45 m.w.H.

<sup>43</sup> So BIAGGINI (Fn. 13), N 20 mit weiteren Hinweisen u.a. auf Art. 177 Abs. 3 BV und BGE 129 II 193 E. 4.2.2.

<sup>44</sup> Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005 (Stand am 1. Januar 2021), SR 173.32.

<sup>45</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (Stand am 1. Januar 2021), SR 173.110.

und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten vor Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht aus. Sofern ein völkerrechtlicher Anspruch auf eine gerichtliche Überprüfung besteht (vgl. etwa Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 EMRK<sup>46</sup>), ist aber im Sinne einer *Gegenausnahme* auch in diesen Fällen die Anfechtung zulässig.<sup>47</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Epidemienbekämpfung im Jahr 2020 (für die damals massgebende ausserordentlichen Lage nach Art. 7 EpG) der äusseren Sicherheit zugeordnet.<sup>48</sup> Das Bundesgericht hat im Jahr 2005 allerdings betreffend eine Verfügung, die in Anwendung einer gestützt auf Art. 10 aEpG (Vorgängerbestimmung von Art. 7 EpG) erlassenen Verordnung ergangen ist, festgehalten, dass bezogen auf die angefochtene Verfügung *kein Ausschlussgrund* vorliege.<sup>49</sup> In Art. 118 Abs. 2 lit. b BV ist die «Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren» unter dem Titel «Schutz der Gesundheit» aufgeführt. Auch die Botschaft zum EpG spricht im Zusammenhang mit den im EpG vorgesehenen Vorkehrungen grundsätzlich nicht von «innerer oder äusserer Sicherheit», sondern von «Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit, die sich gegen bestimmte Personen oder gegen die Bevölkerung richten».<sup>50</sup> Laut Botschaft zum EpG ist erst bei einer «Worst-Case-Pandemie» wie der Spanischen Grippe 1918 von einer «nationalen Bedrohungslage» mit Bedrohung der äusseren und inneren Sicherheit auszugehen.<sup>51</sup> Die gegenwärtig im Zusammenhang mit Covid-19 herrschende besondere Lage entspricht einer «epidemiologischen Notlage» im Sinne einer moderaten Influenzapandemie oder SARS,<sup>52</sup> aber (noch) keiner Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit. Somit liegt nach hier vertretener Ansicht *keine Ausnahme* gemäss Art. 32 Abs. 1

---

<sup>46</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (Stand am 23. Februar 2012), SR 0.101.

<sup>47</sup> Vgl. STÖCKLI (Fn. 4), N 29.

<sup>48</sup> «Zur äusseren Sicherheit gehört auch der Schutz vor Epidemien (vgl. Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Sicherheitspolitik der Schweiz vom 23. Juni 2010, BBl 2010 5133 ff., 5146 ff.) und folglich auch der Schutz vor Pandemien.» (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1828/2020 vom 4. Mai 2020 E. 2.3).

<sup>49</sup> BGE 131 II 670 E. 1.1, dazu STÖCKLI (Fn. 4), N 29, Fn. 114.

<sup>50</sup> BBl 2011 445.

<sup>51</sup> BBl 2011 363.

<sup>52</sup> BBl 2011 363; vgl. zum Ganzen auch BAG, Faktenblatt vom 28. Februar 2020, Normale, besondere und ausserordentliche Lage.

lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG vor. Der Instanzenzug führt daher über das Bundesverwaltungsgericht an das Bundesgericht mit dortigen *umfassenden rechtlichen Rügemöglichkeiten* gemäss Art. 95 BGG.<sup>53</sup>

### 3. Alternative Betrachtung

Wenn die Epidemienbekämpfung dennoch der inneren oder äusseren Sicherheit zugeordnet würde, wäre Folgendes zu berücksichtigen: Der Bundesrat hielt in seiner Botschaft zum VGG fest: «Soweit solche Verfügungen allerdings in den Anwendungsbereich der Rechtsweggarantie von Art. 6 Abs. 1 EMRK fallen – was selten zutreffen dürfte –, ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (mit Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht) zulässig».<sup>54</sup> Des Weiteren ist der umfassende Schutz der Wirtschaftsfreiheit eine *schweizerische Besonderheit*. Verfassungen anderer Staaten und völkerrechtliche Abkommen wie die EMRK oder die beiden UNO-Pakte garantieren höchstens *Teilaspekte der Wirtschaftsfreiheit*.<sup>55</sup> Die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK setzt einen aus dem *innerstaatlichen Recht* abzuleitenden zivilrechtlichen Anspruch voraus,<sup>56</sup> wozu jedoch auch das Recht auf *private Erwerbstätigkeit* und die *Ausübung von Eigentumsrechten* zählen.<sup>57</sup> Die ganze oder teilweise Schliessung von Gastronomiebetrieben und Fitnesscentern könnte durchaus als zivilrechtlicher Anspruch im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK betrachtet werden. Und selbst wenn die Ausnahme nach Art. 83 lit. a BGG greifen sollte, ist es *bundesrechtlich nicht ausgeschlossen*, dass kantonale Beschwerdeinstanzen – soweit sie aufgrund kantonaler Massnahmen überhaupt involviert werden – überprüfen, ob kantonale Vollzugsbehörden die (Not-)Verordnungen des Bundesrats richtig angewendet haben.<sup>58</sup>

---

<sup>53</sup> Mit der Beschwerde kann die Verletzung gerügt werden von: a. Bundesrecht; b. Völkerrecht; c. kantonalen verfassungsmässigen Rechten; d. kantonalen Bestimmungen über die politische Stimmberechtigung der Bürger und Bürgerinnen und über Volkswahlen und -abstimmungen; e. interkantonalem Recht.

<sup>54</sup> BBl 2001 4387–4388.

<sup>55</sup> KULL (Fn. 28), S. 232; vgl. zum Ganzen auch Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und der Schutz von Unternehmen, August 2017.

<sup>56</sup> BGE 130 I 388 E. 5.1.

<sup>57</sup> BGE 130 I 388 E. 5.3.

<sup>58</sup> STÖCKLI (Fn. 4), N 29.

#### 4. Art der zu erlassenden Verfügung

Da das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) gemäss dortiger Kopfzeile für die Redaktion der Erläuterungen zur Covid-19-Verordnung besondere Lage *verantwortlich zeichnet*,<sup>59</sup> ist das EDI für den Erlass der entsprechenden Verfügungen betreffend (teilweise) Schliessung von Gastronomiebetrieben und Fitnesscentern zuständig. Im Übrigen müsste nach Art. 8 Abs. 1 VwVG das EDI, wenn es sich als unzuständig erachtet, die Sache ohne Verzug der zuständigen Behörde überweisen.

Die für die (teilweise) Schliessung von Gastronomiebetrieben und Fitnesscentern relevanten Normen der Covid-19-Verordnung besondere Lage wirken sich wie dargelegt *wie eine Allgemeinverfügung* aus ([Ziff. IV.2](#) vorne). Es braucht *keinen Umsetzungsakt* mehr. Die vom EDI zu erlassende Verfügung betreffend (teilweise) Schliessung von Gastronomiebetrieben und Fitnesscentern geht demnach materiell nicht über die einschlägigen (und hinreichend präzisen) Bestimmungen der Covid-19-Verordnung besondere Lage hinaus. Im Ergebnis bedeutet dies nichts anderes als eine *Feststellung betreffend einen Norminhalt*. Das scheint ungewohnt, ist aber *in concreto* wohl ein gangbarer Weg. Feststellende Allgemeinverfügungen sind nämlich «nicht undenkbar».<sup>60</sup> Denn Zwischenformen wie die Allgemeinverfügung gelten (zumindest) nach überzeugender Lehrmeinung *nicht als Rechtssätze*, sondern als *Einzelakte*.<sup>61</sup> Das für den Erlass einer Feststellungsverfügung von Art. 25 Abs. 2 VwVG verlangte *schutzwürdige Interesse* ergibt sich aus der *Notwendigkeit eines Anfechtungsobjektes zur Sicherstellung der Rechtsweggarantie* bei offenkundiger *Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Positionen* durch die (teilweise) Schliessung von Gastronomiebetrieben und Fitnesscentern.

---

<sup>59</sup> [Erläuterungen vom 12. Februar 2021 zur Covid-19-Verordnung besondere Lage, S. 1.](#)

<sup>60</sup> So BEATRICE WEBER-DÜRLER/PANDORA KUNZ-NOTTER, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG - Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 25 VwVG, N 4.

<sup>61</sup> WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER (Fn. 60), N 4.

## VI. Möglichkeiten und Grenzen der egoistischen Verbandsbeschwerde

Verbände können sich unter folgenden Bedingungen auf das allgemeine Beschwerderecht nach Art. 48 Abs. 1 VwVG bzw. Art. 89 Abs. 1 BGG stützen.<sup>62</sup> Ein Verband, der als juristische Person konstituiert ist, kann zur Wahrung der *eigenen Interessen* Beschwerde führen.<sup>63</sup> Ein Verband kann aber auch die Interessen der *Mehrheit oder einer Grosszahl* seiner Mitglieder mit Beschwerde geltend machen, soweit deren Wahrung zu seinen statutarischen Aufgaben gehört und eine Vielzahl seiner Mitglieder ihrerseits beschwerdebefugt wären (sog. «egoistische Verbandsbeschwerde»<sup>64</sup>).<sup>64</sup> Diese letzteren Erfordernisse scheinen etwa bei der «GastroSuisse»<sup>65</sup> und beim «Schweizerischen Fitness- und Gesundheitscenter Verband SFGV»<sup>66</sup> erfüllt zu sein. Die «egoistische Verbandsbeschwerde» ist grundsätzlich auch im *Zusammenhang mit Allgemeinverfügungen* möglich.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Vgl. GREGOR BACHMANN, Anspruch auf Verfahren und Entscheid, Der Zugang zum Verwaltungsverfahren und zur Verwaltungsrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien, Bern 2019 (= PIFF 12), S. 92.

<sup>63</sup> BGE 142 II 80 E. 1.4.2 m.w.H.

<sup>64</sup> BGE 142 II 80 E. 1.4.2 m.w.H.

<sup>65</sup> «GastroSuisse bezweckt die allseitige Wahrung und Förderung der ideellen, wirtschaftlichen und politischen Berufs- und Standesinteressen des Gastgewerbes und seiner Betriebe und engagiert sich für die Bereitstellung zweckmässiger Informationen, Schaffung von Berufsständen, Bereitstellung vorteilhafter Dienstleistungen, Rechtsberatung, Preisvorteile und die Bereitstellung vorteilhafter Sozialversicherungen und in Zusammenarbeit mit den Berufsorganisationen für die Bereitstellung vorteilhafter Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten. GastroSuisse vertritt die Mitglieder auf schweizerischer Ebene in allen ihren Belangen» ([Statuten GastroSuisse, gültig ab 15. Mai 2019, Art. 2](#)).

<sup>66</sup> «1 Der Schweizerische Fitness- und Gesundheitscenter Verband SFGV bezweckt die Förderung und Unterstützung der angeschlossenen Fitnesscenter in der Schweiz und vertritt die gemeinsamen Interessen der Branche nach aussen. 2 Die Organisation und Durchführung von Berufsprüfungen in der Fitnessbranche. Er kann Ausbildungen im ganzen Fitnessbereich anbieten. 3 Der SFGV kann sich zum Zwecke seiner Ziele anderen Organisationen anschliessen» ([Statuten des SFGV, gültig ab 30. Juni 1994, Art. 1](#)).

<sup>67</sup> Das Bundesverwaltungsgericht prüfte in seinem Urteil C-465/2011 vom 28. März 2012 E. 2.3.5 die Voraussetzungen der egoistischen Verbandsbeschwerde für Konsumentenschutzorganisationen gegen Allgemeinverfügungen im Rahmen des Cassis-de-Dijon-Prinzips. Es bejahte sämtliche Voraussetzungen bis auf die Frage, ob die Mitglieder der Konsumentenschutzorganisationen selbst zur Beschwerde berechtigt wären.

Die «egoistische Verbandsbeschwerde» lässt sich mit *Gründen der Prozessökonomie* rechtfertigen.<sup>68</sup> Es spricht denn auch nichts dagegen, die Legitimation von Verbänden, welche im Interesse ihrer Mitglieder tätig werden, auch hinsichtlich des Anspruchs auf *Durchführung eines Verwaltungsverfahrens* zuzulassen.<sup>69</sup> *In casu* könnten also die Verbände der Gastronomiebetriebe und der Fitnesscenter vom EDI den Erlass einer rechtswegöffnenden Verfügung verlangen.

Gesetzt den Fall, das Bundesgericht käme zur Überzeugung, die für die (teilweise) Schliessung der Gastronomiebetriebe und Fitnesscenter einschlägigen Normen der Covid-19-Verordnung besondere Lage seien rechtswidrig. Da es sich um eine *inzidente Normenkontrolle* handelt, würde sich das Bundesgericht wohl mit der *Nichtanwendung der verfassungswidrigen Normen* für die von der *egoistischen Verbandsbeschwerde betroffenen Gastronomiebetriebe und Fitnesscenter* begnügen, ohne die Norm aufzuheben.<sup>70</sup> Dies ergibt sich daraus, dass eine abstrakte Kontrolle von Verordnungen des Bundesrates wie dargelegt nicht möglich ist ([Ziff. III.](#) vorne). Dennoch könnte ein solcher Entscheid auch für die übrigen Gastronomiebetriebe und Fitnesscenter letztlich *nicht ohne Folgen* bleiben. Die höchstrichterlich als verfassungswidrig qualifizierten einschlägigen Bestimmungen der Covid-19-Verordnung besondere Lage müssten wegen des in Art. 35 BV verankerten *Gebots zur Verwirklichung der Grundrechte* vom Bundesrat bei nächster Gelegenheit korrigiert werden.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> BACHMANN (Fn. 62), S. 92.

<sup>69</sup> BACHMANN (Fn. 62), S. 92. Der Autor verweist auf BVGE 2016/20 E. 7.2 (Nachtflugordnung [Verband von Gemeinden, der statutarisch zum Schutz der Bevölkerung vor den Immissionen des Fluglärms verpflichtet ist, kann den Erlass einschränkender Massnahmen gegen den Flughafen Zürich verlangen]) und BGE 142 II 80 E. 1.4.2 (Versandapotheke Zur Rose [Legitimation von PharmaSuisse Schweizerischer Apothekerverband, im Interesse der Mitglieder als Konkurrenten den Erlass einer Verfügung gegenüber der Versandapotheke Zur Rose zu verlangen.]).

<sup>70</sup> Vgl. BERNHARD RÜTSCHKE, Rechtsfolgen von Normenkontrollen, ZBl 106/2005 S. 273–304, S. 281.

<sup>71</sup> Vgl. BGE 126 V 70 E. 4c/cc am Beispiel der Verfassungs- und Gesetzeswidrigkeit der Beschränkung des Anspruchs auf invaliditätsbedingte Abänderungen an Motorfahrzeugen auf volljährige Versicherte: «Im Lichte der vorstehenden Ausführungen ist das in Ziff. 10.05 HVI Anhang enthaltene Erfordernis der Volljährigkeit mit dem in Art. 35 Abs. 1 BV verankerten Gebot zur Verwirklichung der Grundrechte (zu deren konstitutiven Funktion vgl. BIAGGINI, Verfassungsreform in der Schweiz, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1999, S. 464) nicht vereinbar, weshalb es mit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung am 1. Januar 2000 keinen Bestand mehr haben kann.»

## VII. Fazit

Zusammenfassend könnten die folgenden Überlegungen angestellt werden:

- Mit Inkrafttreten der Covid-19-Verordnung besondere Lage und deren vorliegend einschlägigen Normen findet ein *schweizweiter, unmittelbarer und erheblicher* Eingriff in die Rechtsposition der Gastronomiebetriebe (Schliessung mit einzelnen erlaubten Tätigkeiten) und der Fitnesscenter (praktisch generelle Schliessung) statt. Dadurch wirkt sich die Covid-19-Verordnung besondere Lage insoweit *wie eine Allgemeinverfügung* auf den bestimmbaren Adressatenkreis der Gastronomiebetriebe und Fitnesscenter aus.
- Betroffen sind dadurch primär die Vertragsfreiheit als «zentrales Element der Wirtschaftsfreiheit» (Art. 27 BV) sowie möglicherweise die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) der betroffenen Betriebe. Es besteht also ein erhebliches Rechtsschutzbedürfnis.
- Nach Art. 47 Abs. 6 RVOG gehen Geschäfte des Bundesrates von Rechts wegen auf das in der Sache zuständige Departement – hier das EDI – über, soweit Verfügungen zu erlassen sind, die der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegen.
- Die Massnahmen der (teilweisen) Schliessung der Gastronomiebetriebe und der Fitnesscenter dienen primär dem (öffentlichen) Gesundheitsschutz und nicht der «inneren oder äusseren Sicherheit». Somit liegt keine Ausnahme gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG vor. Der Instanzenzug führt daher über das Bundesverwaltungsgericht an das Bundesgericht mit den Rügemöglichkeiten gemäss Art. 95 BGG.
- Die sogenannte «egoistische Verbandsbeschwerde» lässt sich mit Gründen der Prozessökonomie rechtfertigen und ist auch hinsichtlich des Anspruchs auf Durchführung eines Verwaltungsverfahrens zuzulassen. *In casu* könnten also die Verbände der Gastronomiebetriebe und der Fitnesscenter vom EDI den Erlass einer rechtswegöffnenden Verfügung verlangen.

Es ist aber klar einzuräumen, dass das eben dargelegte Argumentationsmuster wohl nur geringe Erfolgchancen birgt. Es könnte – aufgrund anderer Betrachtung der vorliegend interessierenden speziellen Verhältnisse – entgegnet werden, dass faktisch auf dem *Umweg* über die Legitimation eines Verbandes für eine egoistische Verbandsbeschwerde eine abstrakte Normenkontrolle (in der Gestalt der Anfechtung einer nicht wirklich konkretisierenden Feststellungsverfügung) zugelassen werde. Immerhin wäre man in einem solchen Fall auf die *Alternativen* gespannt, um *de lege lata* auf *kurzen und klaren* (Rechts-)We-

gen zu den für die inzidente Kontrolle der (ohne Umsetzungsakt unmittelbar wirksamen) relevanten Bestimmungen der Covid-19-Verordnung besondere Lage *notwendigen Anfechtungsobjekten* zu gelangen.

Dies alles zeigt jedenfalls die Notwendigkeit auf, *de lege ferenda* z.B. direkt im EpG griffige Rechtsschutzbestimmungen gegen vom Bund (gerade in der besonderen Lage) angeordnete (und ohne weiteren Umsetzungsakt wirksame) Massnahmen zur Epidemienbekämpfung einzufügen. Man muss sich im Klaren sein, dass bis zu diesem Zeitpunkt nur ein eingeschränkter Rechtsschutz gegeben ist, weshalb als Handlungsoptionen einzig politisches und mediales Lobbying übrig bleiben – ein für Rechtswissenschaftler unbefriedigender Zustand!

Kaspar Gerber analysiert seit Beginn der Covid-19-Pandemie die behördlichen Massnahmen zum Schutz der Bürger aus rechtlicher Perspektive. Im Fokus seiner Analyse stehen der Umgang der Behörden mit Evidenz sowie die rechtlichen Grundlagen der verschiedenen Corona-Massnahmen. Die vorliegende Publikation umfasst seine Stellungnahmen aus den letzten beiden Jahren u.a. zu Maskenpflicht, Quarantäne, Schliessungen und Impfungen sowie den korrespondierenden Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen. Neben einer retrospektiven Bewertung der Krisenbewältigungsmassnahmen bietet die Publikation Hinweise für einen ausgewogenen Umgang mit künftigen Krisenszenarien.