

Symposium

#iuscoronae

RECHTSWISSENSCHAFT IN DER CORONA-KRISE

Tagungsband mit Referaten zu Forschungsarbeiten an der
Juristischen Fakultät der Universität Basel

KURT PÄRLI
TABEA R. WEBER-FRITSCH

Herausgeber

Helbing Lichtenhahn

KURT PÄRLI/TABEA R. WEBER-FRITSCH (Hrsg.)

Symposium **#iuscoronae**

Symposium
#iuscoronae

RECHTSWISSENSCHAFT IN DER CORONA-KRISE

Tagungsband mit Referaten zu Forschungsarbeiten an der
Juristischen Fakultät der Universität Basel

KURT PÄRLI
TABEA R. WEBER-FRITSCH

Herausgeber

Helbing Lichtenhahn

DOI: https://doi.org/10.46455/Helbing_Lichtenhahn/978-3-7190-4534-0



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung -
Nicht kommerziell - Keine Bearbeitungen 4.0 International Lizenz.

ISBN 978-3-7190-4534-0 (gedruckte Ausgabe)

2021 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

www.helbing.ch

Vorwort

Nach einer ersten Verschiebung fand am 3. Mai 2021 das Symposium #iuscoronae als Online-Veranstaltung statt. Das Symposium gewährte Einblicke in die Einschätzungen und Forschungsarbeiten von Basler Rechtswissenschaftler*innen zur Rechtmässigkeit und zu den praktischen Auswirkungen der Massnahmen gegen die Covid-Pandemie.

Die Beiträge zu diesem Tagungsband, für die wir uns bei allen Autor*innen bedanken, zeigen in einer Momentaufnahme die Bandbreite der rechtswissenschaftlichen Forschung, wie sie an der Juristischen Fakultät der Universität Basel entlang der krisenbedingt neuen Rechtslage geleistet wurde. Aufgrund der Dynamik, der die aufgeworfenen Rechtsfragen unterworfen waren, und um Doppelspurigkeiten zu vermeiden, verzichteten einige Referent*innen auf die Publikation ihres Referats im vorliegenden Tagungsband. Unser Dank gilt dabei selbstverständlich auch ihnen:

Dr. Caroline Hess-Klein zeigte in ihrem Referat zur Behindertengleichstellung eindrücklich auf, mit welchen Herausforderungen gerade auch junge Menschen mit besonderen Bedürfnissen in einer Krise konfrontiert sein können. *Prof. Daniel Staehelin* beleuchtete aus Sicht des Rechtspraktikers die Insolvenz und Rechtsdurchsetzung im Stillstand. *Prof. Christa Tobler* erläuterte die Entwicklungen der Ausfuhrrestriktionen im Güterverkehr zwischen der EU und der Schweiz.

Wir bedanken uns auch beim Moderationsteam, das mit Tiefe und Kurzweil durchs Symposium geführt hat: *Prof. Nadja Braun Binder*, *Dr. Patrick Fassbind*, *Prof. Peter Jung*, *Prof. Markus Schefer* und *Prof. Peter Uebersax*. Ein grosses Dankschön gilt schliesslich auch der Unterstützung im Hintergrund: *Daniel Mahrer*, *Aleksandra Milosevic*, *Armand Kurath* und *Antje Stadelmann*.

Dass wir beim Symposium #iuscoronae auf die Mitarbeit aus allen Fachbereichen und Gruppierungen der Fakultät zählen durften, ist keine Selbstverständlichkeit. Umso mehr freuen wir uns auch über den aussergewöhnlichen Austausch, den wir mit dem Symposium anregen und nach aussen tragen konnten. Der vorliegende Tagungsband wurde von der Ehemaligenvereinigung Pro Iure initiiert und zusammen mit dem Publikationsfonds der Universität Basel als erste Gold Open Access Publikation eines Sammelbandes der Fakultät ermöglicht. Dafür möchten wir uns ebenfalls herzlich bedanken.

Basel, im November 2021 – Kurt Pärli, Tabea R. Weber-Fritsch

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Wünsche aus der Politik an die Rechtswissenschaft für die Zeit nach der Pandemie	1
<i>Conradin Cramer</i>	
Existenzsicherung und Gesundheitsschutz bei Corona durch Arbeits- und Sozialversicherungsrecht	5
<i>Kurt Pärli; Bettina Fischer</i>	
Die Vereinsversammlung zu Pandemiezeiten	33
<i>Anna Bleichenbacher; Roland Fankhauser</i>	
Schicksal von Verträgen in Zeiten der Pandemie: zur Abgrenzung von Unmöglichkeit und <i>clausula rebus sic stantibus</i>	49
<i>Corinne Widmer Lüchinger</i>	
Strafrechtlicher Zwang in der «ausserordentlichen» Lage	59
<i>Wolfgang Wohlers</i>	
Triagerichtlinien: Übersetzungsprobleme zwischen Medizin, Ethik, Ökonomie und Recht	79
<i>Bijan Fateh-Moghadam</i>	
Rechtsschutz in der Krise	101
<i>Daniela Thurnherr</i>	
Epilog – Spoken Words von Stefanie Grob	121
Corona-Wissen Symposium Special	123
<i>Stefanie Grob</i>	
Corona – alles was Recht ist	125
<i>Stefanie Grob</i>	

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten/angegebenen Ort
AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle juristische Praxis
allg.	allgemein
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
AZ	Aargauer Zeitung
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BTJP	Berner Tage für die juristische Praxis
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGE	Amtliche Entscheidsammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CaS	Causa Sport, Zeitschrift für Sport- sowie für Geld- und Glücksspielrecht im interdisziplinären und internationalen Kontext
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht

Abkürzungsverzeichnis

COVID-19-VO 2	Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (Covid19-Verordnung 2), AS 2020 773
Covid-19-VO 3	Verordnung 3 vom 19. Juni 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 3), SR 818.101.24
DERS.	derselbe
d.h.	das heisst
DIES.	dieselben
Diss.	Dissertation
E	Entwurf
E.	Erwägung
Ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Erw.	Erwägung
et al.	et alii/et aliae/et alia
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
f./ff.	folgende/fortfolgende
FAQ	frequently asked questions, häufig gestellte Fragen
Fn.	Fussnote
FS	Festschrift
FusG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz), SR 221.301
gem.	gemäss
ggf.	gegebenenfalls
gl.A.	gleicher Ansicht
gl.M.	gleicher Meinung
GV	Generalversammlung
h.L.	herrschende Lehre
HMG	Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz), SR 812.21
hrsg.	herausgegeben
i.c.	in casu
inkl.	inklusive

i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KUKO	Kurzkommentar
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweis
mind.	mindestens
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note/Randnummer <i>oder</i> Nationalrat
Not@lex	Revue de droit privé et fiscal du patrimoine
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
passim	überall/da und dort
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
REPRAX	Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht
resp.	respektive
Rz.	Randziffer
S	Ständerat
s.	siehe
S.	Seite/n
s.a.	siehe auch
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
sog.	sogenannte/r
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung)

Abkürzungsverzeichnis

ST	Systematischer Teil
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung), SR 312.0
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
v.	von/vom
v.a.	vor allem
VegüV	Verordnung vom 20. November 2013 gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften, SR 221.331
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VR	Verwaltungsrat
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZMP	Zürcher Mietrechtspraxis
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, (Zivilprozessordnung) SR 272
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Wünsche aus der Politik an die Rechtswissenschaft für die Zeit nach der Pandemie¹

Conradin Cramer²

Inhaltsverzeichnis	Rz.
I. Einleitung	1
II. Drei Themen mit drei Wünschen an die Juristische Fakultät	4
A. Prüfung und Aufarbeitung des Konkordatswesens	4
B. Zeitdruck und Qualität der Rechtsetzung	6
C. Das Ringen um die Verhältnismässigkeit	10
III. Die Vorfreude des Exekutivpolitikers auf Normalität	13

I. Einleitung

Mich trifft die Ehre, Sie namens des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt zum Symposium #iuscoronae begrüßen zu dürfen. Sie haben mir zehn Minuten für das Grusswort eingeräumt. Ich werde sie nicht voll nutzen, gehe aber angesichts der für eine einfache Begrüssung grosszügig bemessenen Zeitvorgabe doch davon aus, dass Sie auch ein paar Worte zum Thema von mir erwarten.

Die Corona-Krise sei auch in rechtlicher Hinsicht aussergewöhnlich, heisst es einleitend im Programm zur Tagung. Das ist jedenfalls nicht reisserisch formuliert. «Aussergewöhnlich» erscheint im Kontext fast als Euphemismus. In staatspolitischer Hinsicht bot die Pandemie das Aussergewöhnlichste, was ich und wohl auch alle schon länger amtierenden Politikerinnen und Politiker in unserer Tätigkeit je erlebt haben. Als Teil eines kantonalen Verordnungsgebers und als kantonaler und kommunaler Erziehungsdirektor fand ich mich im März 2020 jedenfalls unversehens im heftigsten Sturm.

In aller Kürze und ohne Analyse möchte ich drei Themen ansprechen, die mir als juristisch ausgebildeter Berufspolitiker besonders aufgefallen sind, und mir erlauben, diese mit unbescheidenen Wünschen an eine der zweifellos besten juristischen Fakultäten des Landes zu verbinden.

1 Der Text ist eine redigierte Fassung des in freier Rede gehaltenen Grusswortes. Für wichtige Anregungen und für die Prüfung des Textes dankt der Verfasser Herrn Dr. iur. STEPHAN HÖRDEGEN, LL.M., Advokat, Leiter der Abteilung Recht des Erziehungsdepartements des Kantons Basel-Stadt.

2 PD Dr. iur. Conradin Cramer, LL.M. (Berkeley), Advokat und Notar, ist seit 2017 Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt und steht dem Erziehungsdepartement vor.

II. Drei Themen mit drei Wünschen an die Juristische Fakultät

A. Prüfung und Aufarbeitung des Konkordatswesens

- 4 Unsere föderalen Hilfskonstrukte tragen nicht alle. Das Konkordatswesen, namentlich die kantonalen Direktorenkonferenzen, erwiesen sich als nicht krisenfest. In meinem Bereich war es die EDK, die Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren, die nicht leisten konnte, was sie in einer solchen Situation wohl leisten sollte. Ein Beispiel war die Frage der mündlichen gymnasialen Maturitätsprüfungen im Jahr 2020. Die gymnasiale Maturität ist ein Gebiet, wo Bundeskompetenzen und kantonale Kompetenzen bestehen. Der Bund kann jedenfalls dann rechtsetzend tätig werden, wenn und soweit der kantonale Koordinationsweg nicht zum Ziel führt. Die Kantone konnten sich in der Frage der Prüfungsdurchführung nicht einigen, der Bund griff nicht ein und jeder Kanton tat, was ihm angemessen schien. Das Verständnis für die unterschiedliche Handhabung war erwartungsgemäss gering. Ein ähnliches Durcheinander drohte bei den Lehrabschlussprüfungen. Nur durch ein unbeliebtes, aber nötiges Eingreifen des Bundes konnte hier eine gewisse Einheitlichkeit erreicht werden.
- 5 Wir werden unsere Konkordatsinstitutionen reformieren müssen, wenn sie mehr sein sollen als lose Austauschgefässe. Oder wir stellen fest, dass sie nur lose, staatsrechtlich ja auch nur rudimentär verankerte Austauschgefässe sind, und begnügen uns damit. Der Handlungsbedarf erscheint mir in dieser Thematik hoch, der wissenschaftliche Unterstützungsbedarf auch. *Ich hoffe auf viel Interesse für das Thema auch an der Fakultät.*

B. Zeitdruck und Qualität der Rechtsetzung

- 6 Pandemiespezifische Regulierungen unter dem eher verharmlosenden Titel «Massnahmen» mussten jeweils unter hohem Zeitdruck beschlossen werden. Rechtsetzung – besonders eine qualitativ gute – ist dagegen in der Regel das Ergebnis einer längeren politischen und rechtlichen Auseinandersetzung mit der zu regelnden Materie. Auch partizipative Prozesse wie Vernehmlassungen fielen oft dem Zeitdruck zum Opfer. Das betrifft sowohl den Einbezug der von den Massnahmen direkt Betroffenen als auch den Einbezug der kantonalen Regierungen bei Regulierungen durch den Bundesrat.
- 7 Es stellte sich angesichts der Verordnungen des Bundes, der die Rolle des Taktgebers innehatte, auch jeweils die Frage, wo für die Kantone überhaupt noch Raum für zusätzliche, weitergehende Regelungen bestand. Eine Herausforderung war die laufend notwendige Abstimmung kantonaler Massnahmen mit denjenigen des Bundes. Zu behaupten, dass alle rechtsetzenden Instanzen sich angemessen koordinieren oder den Überblick immer behalten konnten, wäre nicht korrekt.
- 8 Dennoch bin ich alles in allem beeindruckt, was in der Rechtsetzung auf Bundes- und kantonaler Ebene geleistet wurde. Es wurde schnell legiferiert, fast immer ohne ganz grobe Schludrigkeiten. Wo es sich als notwendig erwies, wurde in den meine Aufgaben umfassenden Gebieten angemessen schnell korrigiert oder mindestens mittels Erläute-

rungen geklärt, etwa bei den Fragen, ob Parkspaziergänge von Kindertagesstätten mit über fünf Personen erlaubt seien (man interpretiert sie als betrieblich bedingt und deshalb zulässig) oder wie die Altersgrenzen für erlaubten Gruppensport zu bestimmen seien (zunächst nach Geburtsdatum und danach vereinspraxisnäher nach Jahrgang).

Es zeigte sich deutlich, wie wichtig theoretische Kenntnisse und fachliche Kompetenzen in der Rechtsetzung für die zahlreichen Juristinnen und Juristen in den Verwaltungen auf allen Stufen unseres Staatswesens sind. Wenn ich mir nur etwas wünschen dürfte von einer juristischen Fakultät, wäre es dies: *Mehr Emphase auf Fragen der Rechtsetzung in der Forschung und vor allem auch in der Lehre.* 9

C. Das Ringen um die Verhältnismässigkeit

Gerade in meinem Bereich, wo es um Kinder und Jugendliche geht, quälte mich die Frage der Verhältnismässigkeit oft. Soll man Jugendtreffpunkte schliessen, obwohl sie so wichtig sind für einzelne Jugendliche? Soll man Sport ermöglichen, mindestens draussen? Ab welchem Alter sollen Kinder eine Maske in der Schule tragen? 10

Gerade die Masken erlangten immer mehr Bedeutung. Es dauerte nicht lange, bis die vom baselstädtischen Regierungsrat erlassene Maskentragpflicht an Schulen zum juristischen Zankapfel wurde. Nebst der Kompetenz des Regierungsrates zum Erlass dieser Massnahme wurde auch deren Verhältnismässigkeit infrage gestellt. Beides wurde vom Appellationsgericht Basel-Stadt im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gegen die Maskentragpflicht auf der Sekundarstufe I als gegeben betrachtet.³ Die Akzeptanz der Massnahme bei den Betroffenen ist unterschiedlich. In der Schulpraxis steht die Frage der Durchsetzung der Maskentragpflicht im Vordergrund. Was sind die Sanktionen bei Nichteinhaltung? Ist es verhältnismässig, Schülerinnen und Schüler, die sich – ohne gültigen Maskentragdispens – weigern, eine Maske zu tragen, auf unbestimmte Dauer von der Schule zu verweisen? Können hier die disziplinarrechtlichen Regelungen zur Anwendung kommen oder bedarf es einer speziellen epidemienrechtlichen Grundlage für eine Wegweisung? An solche Fragen wurde unter dem hohen Zeitdruck, in dem die Regelung entstand, nicht gedacht. 11

Mir scheint, dass wir im grossen Ganzen in der Schweiz den Pfad der Mässigung und damit der Verhältnismässigkeit⁴ kaum je verlassen haben oder doch schnell wieder auf diesen zurückgekehrt sind. Das mag zum Teil am ausgeglichenen Regulierungstemperament unserer Politikerinnen und Politiker liegen. Ich glaube, es hat auch mit der guten praxisnahen Ausbildung an unseren Universitäten zu tun, die den verantwortlichen 12

3 Urteil des Appellationsgerichts VG.2020.7 vom 31.03.2021. Demgegenüber hat das Zürcher Verwaltungsgericht die von der Bildungsdirektion des Kantons Zürich angeordnete Maskentragpflicht für die Primarstufe wegen Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips aufgehoben. Die Frage der Verhältnismässigkeit musste nicht mehr bzw. noch nicht beurteilt werden (Urteil des Verwaltungsgerichts AN.2021.0004 vom 03.06.2021).

4 Vgl. zur Verhältnismässigkeitsprüfung als Prüfung der Mässigung MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit – Gedanken zu einem Zauberwürfel, Kleine Schriften zum Recht, Bern 2013.

Juristinnen und Juristen in Bund und Kantonen Selbstsicherheit und Pragmatik gab. *Für mich bleibt entscheidend, dass Studierende mit rechtsstaatlichen Grundsätzen wie der Verhältnismässigkeit anhand von praxisnahen Beispielen umgehen lernen und diese voll erfassen können.*

III. Die Vorfreude des Exekutivpolitikers auf Normalität

- 13 Meine drei pandemiebedingten Erkenntnisse zu Recht und Rechtsausbildung sind stark öffentlich-rechtlich geprägt. So ergeht es einem Privatrechtler, wenn er sich erst einmal im öffentlichen Dienst wiederfindet.
- 14 Zum Schluss noch ein Punkt: Die Tagungsunterlagen verwenden den Begriff «Notrecht» und weisen – zu Recht – darauf hin, dass die parlamentarische Arbeit ausgesetzt und Volksabstimmungen verschoben wurden. Diese Phase demokratischer und rechtsstaatlicher Fragilität dauert zum Glück nicht lange an. Auch die wenig reflektierten Sprüche über eine drohende Diktatur sind schnell verhallt.
- 15 Ich kann die Sorgen um die Gewaltenteilung zwar nachvollziehen. Anders als zu Zeiten der Weltkriege fand auf Seiten der Exekutiven aber nach meiner Einschätzung niemand sein stilles oder gar artikuliertes Gefallen an der Situation. Es ist nicht so, dass die Exekutiven in Bund und Kantonen einen besonderen Machtinstinkt gezeigt hätten. Im Gegenteil: Alle meine Kolleginnen und Kollegen und ich selbst freuen sich auf die Zeit, wenn alles wieder in gewohnten eidgenössischen Bahnen geht und wir die dicken politischen Bretter wieder bohren müssen, statt diese als Corona-Kampfkünstler zu zer schlagen. Ich sehe der wichtigen rechtswissenschaftlichen Aufarbeitung dieser ausserordentlichen Zeit neugierig, aber auch gelassen entgegen.
- 16 Ich wünsche Ihnen eine anregende Tagung und gratuliere der Juristischen Fakultät der Universität Basel, dass sie sich in dieser gelungenen Form mit den rechtlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie befasst.

Existenzsicherung und Gesundheitsschutz bei Corona durch Arbeits- und Sozialversicherungsrecht

Kurt Pärli; Bettina Fischer

Inhaltsverzeichnis	Rz.
I. Einleitung, Fragestellung und Vorgehen	1
II. Grundlagen des Systems der Existenzsicherung und des Gesundheitsschutzes in der Schweiz	4
A. Existenzsicherung	4
B. Gesundheitsschutz	6
III. Covid-19	8
A. Auswirkungen	8
B. Bedrohungen durch Covid-19	10
C. Staatliche Handlungspflichten	12
D. Massnahmen gestützt auf EpG / Covid-19-Gesetz / Covid-19-Verordnung	13
1. Unmittelbare Auswirkungen der Massnahmen auf die wirtschaftliche Existenz	14
2. Mittelbare Auswirkungen der Massnahmen	17
IV. Schutz der wirtschaftlichen Existenz	22
A. Behandlungskosten	23
B. Kosten für Covid-19-Tests und Impfung	24
C. Covid-19-bedingte Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit	26
1. Taggelder der Unfallversicherung (wenn beruflich bedingte Infektion)	27
2. Taggelder der Krankentaggeldversicherung	28
3. Ggf. IV-Renten der Invalidenversicherung	29
D. Unmittelbar durch Covid-19 bedingter Erwerbsausfall	30
1. Arbeitnehmende	31
2. Selbstständigerwerbende	32
E. Mittelbar durch Covid-19 bedingter Erwerbsausfall	33
F. Auswirkungen der Covid-19-Krise auf die Bundesfinanzen der Schweiz 2020	36
G. (Noch) keine Auswirkungen auf die Sozialhilfe	37
H. Zwischenfazit	38
V. Gesundheitsschutz mit Fokus auf Arbeitnehmende	41
A. Auswirkungen von Covid-19	41
1. Ungleiche Auswirkungen je nach Alter und Vorzustand	42
2. Besonderer Schutz für Risikopatienten und Gesundheitspersonal	43
B. Schutz- und Sicherheitsmassnahmen	45

1. Hygiene und Abstand	45
2. Einschränkung der Bewegungsfreiheit der Betroffenen	46
C. Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden	47
1. Allgemeine Schutzpflichten im ArG und Arbeitsvertragsrecht	47
2. Spezifische Vorschriften basierend auf Covid-19-Gesetz und Verordnung	48
3. Sonderschutz für vulnerable Arbeitnehmende	49
D. Homeoffice-Pflicht für möglichst alle	50
E. Kommentar	52
1. Wertungswiderspruch in der ersten Phase	52
2. Kontroverse Lösungsversuche	53
3. Allgemeine Probleme	54
4. Zäsuren	56
VI. Fazit und Ausblick	57

I. Einleitung, Fragestellung und Vorgehen

- 1 Das Covid-19-Virus verursacht(e) weltweit eine Gesundheitskrise, der global hunderttausende von Menschen zum Opfer fielen und noch immer fallen.¹ Auch in der Schweiz hat sich die Pandemie stark bemerkbar gemacht. Seit Beginn der Pandemie bestätigt das BAG über 700'000 laborbestätigte Fälle, wovon etwas mehr als 10'000 Personen daran gestorben sind.²
- 2 Die Covid-19-Pandemie erscheint somit einerseits in Form einer enormen Gesundheitskrise, auf der anderen Seite stellt sie jedoch auch eine weltweite wirtschaftliche Krise dar. Sie birgt grundsätzlich Gefahren für die Wirtschaft allgemein sowie auch für die Individuen im Einzelnen, durch die Wechselwirkung mit anderen Akteuren. Die Individuen werden in ihrer Existenz sowohl gesundheitlich als auch materiell bedroht. Besonders Arbeiter*innen in prekären Arbeitsverhältnissen oder der informellen Wirtschaft haben weltweit schwer mit der aktuellen Lage zu kämpfen.³ Die Aussichten auf die Weltwirtschaft haben sich zwar etwas aufgehellt, nichtsdestotrotz bleibt die Erholung weiterhin ungleichmässig.⁴

1 WHO, WHO Coronavirus (Covid-19) Dashboard. <<https://covid19.who.int>>.

2 <<https://www.covid19.admin.ch/de/overview?ovTime=total>>.

3 Siehe z.B.: BERG JANINE, Precarious Workers Pushed to the Edge by COVID-19, Work In Progress (blog), 20. March 2020. <<https://iloblog.org/2020/03/20/precarious-workers-pushed-to-the-edge-by-covid-19/>>; How the Covid-19 crisis is exacerbating an already fragile situation for young, precarious workers, 27. July 2020 <[https://www.uniglobalunion.org/news/how-covid-19-crisis-exacerbating-already-fragile-situation-young-precarious-workers](https://www.uniglobalunion.org/news/how-covid-19-crisis-exacerbating-already-fragile-situation-young-precarious-workers;)>; VICKER TOM/HUTCHINGS SHARON, Precarity, Precarious work and Covid-19: insights from Nottingham, 27. July 2020. <<https://archive.discoversociety.org/2020/07/27/precarity-precarious-work-and-covid-19-insights-from-nottingham/>>.

4 <<https://www.oecd.org/coronavirus/de/>>.

Der folgende Text will zunächst aufzeigen, wie die Existenz und die Gesundheit in 3
der Rechtsordnung ganz allgemein geschützt werden (vgl. II). Weiter werden die Konsequenzen von Covid-19 und deren Massnahmen erläutert (vgl. III), wobei der Fokus auf die Existenzsicherung (vgl. IV) sowie auf den Gesundheitsschutz (vgl. V) gelegt wird. Beendet wird der Beitrag durch ein Fazit am Schluss (vgl. VI).

II. Grundlagen des Systems der Existenzsicherung und des Gesundheitsschutzes in der Schweiz

A. Existenzsicherung

Die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz in der Schweiz erfolgt grundsätzlich durch 4
die eigene Arbeit. Jeder Mensch, der seine Existenz nicht rechtzeitig oder hinreichend aus eigener Kraft sichern kann, hat Anspruch auf die Sicherung einer menschenwürdigen Existenz und Hilfe in Notlagen durch den Staat. Dies wird im Wesentlichen durch den Art. 12 BV⁵ garantiert, der zugleich eines der wenigen in der Schweiz festgeschriebenen Sozialrechte in Form des Rechtes auf Hilfe in Notlagen ist.⁶ Weitere soziale Grundrechte sind in Art. 11, Art. 19 und Art. 29 Abs. 3 BV festgehalten.⁷ Diese gewähren Individualansprüche und richten sich somit unmittelbar an das Individuum als Träger dieser Rechte und verpflichten gleichzeitig den Staat zu gewissen Leistungen.⁸ Die Sozialstaatsverfassung wird ergänzt durch die Sozialziele in Art. 41 BV, die sich an die kantonalen oder Bundesbehörden richten. Diese vermitteln somit keine unmittelbaren Ansprüche von Privaten, sondern stellen programmatisch formulierte Handlungsaufträge dar, die einer Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedürfen.⁹ Die Kompetenzverteilung im Bereich der sozialen Sicherheit zwischen Bund und Kantonen erfolgt gemäss dem Prinzip der Einzelermächtigung und dem Subsidiaritätsprinzip.¹⁰ Art. 111 ff. BV zeigen auf, welche Kompetenzen dem Bund zukommen.

Bereits 1890 erhielt der Bund die verfassungsrechtliche Kompetenz, einzelne Versi- 5
cherungszeige zu organisieren.¹¹ Die Sozialversicherungen sollen den hier lebenden und arbeitenden Menschen sowie ihren Angehörigen einen weitreichenden Schutz vor Risiken bieten, deren finanzielle Folgen die Betroffenen nicht alleine tragen können. Schutz bieten die Versicherungen, indem sie Leistungen wie Renten, Erwerbbersatz oder Familienzulagen entrichten und die Kosten bei Krankheit und Unfall tragen. Diese Leistungen werden im Vorhinein durch Beiträge vom Erwerbseinkommen finanziert sowie durch eine Beteiligung von Bund und Kantonen in Form von Finanzierung oder Prä-

5 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 18. April 1999, SR 101.

6 MÜLLER, Kommentar zu Art. 12, N 4.

7 MEYER-BLASER/GÄCHTER, S. 558.

8 RHINOW, S. 58.

9 MÜLLER, S. 164.

10 BREITENMOSER, S. 643.

11 MAURER, S. 1 ff.

mienverbilligung.¹² Die Sozialhilfe als Kompetenz der Kantone ist hingegen ein zentrales Element zur Bekämpfung von Armut und Ausgrenzung, die das letzte Auffangbecken im System der sozialen Sicherheit darstellt. Sie kommt zum Zuge, sobald weder persönliche Ressourcen noch die Leistungen der Sozialversicherungen zur Sicherung der materiellen Existenz ausreichen.¹³

B. Gesundheitsschutz

- 6 Den Schutz der Gesundheit in der Schweiz garantiert in erster Linie der Einzelne selbst durch sein individuelles Verhalten. Die Forschung zeigt allerdings immer deutlicher, dass der Gesundheitszustand ebenfalls von äusseren Einflüssen, wie die Bildung, der Beruf und das Einkommen sowie das Geschlecht oder der gesellschaftliche Status, bestimmt wird. Daher bedarf es neben der Selbstregulierung ebenfalls gesetzlicher Normierungen, insbesondere für diese besonderen Bereiche, die auf die Gesundheit einwirken können. Die Gesundheitsverfassung in Art. 118 ff. BV beinhaltet die verfassungsrechtlichen Bestimmungen, die auf den Schutz der Gesundheit abzielen.¹⁴ So bietet z.B. Art. 118 Abs. 2 lit. b BV die Grundlage für das in diesen Zeiten so wichtige Epidemien-gesetz (EpG)¹⁵. Neben den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen des Gesundheitsschutzes sind spezifische Schutzpflichten der Arbeitgebenden zu erwähnen. Auch diese finden ihre Grundlage auf Verfassungsstufe. So regelt Art. 110 BV die Kompetenz des Bundes, unter anderem Vorschriften über den Schutz der Arbeitnehmenden oder das Verhältnis zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden zu erlassen.¹⁶ Von dieser Kompetenz hat der Bund Gebrauch gemacht und neben weiteren Schutzvorkehrungen das Arbeitsgesetz (ArG)¹⁷ mitsamt dazu gehörenden Verordnungen¹⁸ erlassen. Weitere entscheidende gesetzliche Grundlagen zur Arbeitssicherung und dem Gesundheitsschutz befinden sich unter anderem in Art. 82 ff. des Unfallversicherungsgesetz (UVG)¹⁹, der dazu gehörenden Verordnung²⁰, in Art. 328 Obligationenrecht (OR)²¹ und im Mitwir-

12 <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/ueberblick.html>>.

13 <<https://www.sodk.ch/de/themen/armut/sozialhilfe/>>.

14 SCHWEIZER, N 10.

15 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen, vom 28. September 2012, SR 818.101.

16 BIAGGINI, Kommentar zu Art. 110, N 2.

17 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, vom 13. März 1964, SR 822.11.

18 Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, vom 10. Mai 2000, SR 822.111; Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz, vom 10. Mai 2000, SR 822.112; Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz: Gesundheitsschutz, vom 18. August 1993, SR 822.113; Verordnung 4 zum Arbeitsgesetz: Industrielle Betriebe, Plangenehmigung und Betriebsbewilligung, vom 18. August 1993, SR 822.114; Verordnung 5 zum Arbeitsgesetz: Jugendarbeitsschutzverordnung, vom 28. September 2007, SR 822.115.

19 Bundesgesetz über die Unfallversicherung, vom 20. März 1981, SR 832.20.

20 Verordnung über die Unfallversicherung, vom 20. Dezember 1982, SR 832.202.

21 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30. März 1911, SR 220.

kungsgesetz (MitwG)²². Die Finanzierung der Behandlung von behandlungsbedürftigen Personen erfolgt in der Schweiz (unter anderem) durch die gesetzliche Krankenversicherung, die im Krankenversicherungsgesetz (KVG)²³ geregelt ist.

Die Existenzsicherung und der Gesundheitsschutz sind somit elementare soziale Ziele in der Schweiz. Der Schutz der Existenz als auch der Gesundheit sind sowohl auf verfassungsmässiger als auch auf gesetzlicher Ebene ausgebaut und immer wieder verstärkt worden. Herauszufinden gilt es somit, ob dieser Schutz auch in Zeiten einer weltweiten Pandemie wie der Covid-19-Krise standhält und ob die bereits bekannten Instrumente verhelfen, die Folgen dieser gesundheitlichen sowie auch wirtschaftlichen Krise abzufedern.

III. Covid-19

A. Auswirkungen

Der Verlauf einer Covid-19-Erkrankung kann sehr unterschiedlich sein. Von einer symptomfreien Ansteckung bis hin zur Todesfolge ist alles möglich. Das Coronavirus kann ausserdem sehr unterschiedliche Krankheitssymptome zeigen. Die häufigsten Symptome sind die einer akuten Atemwegserkrankung wie Halsschmerzen, (trockener) Husten, Kurzatmigkeit oder Brustschmerzen sowie Fieber oder Verlust des Geruchs- oder Geschmackssinnes. Weitere Symptome wie Kopfweg, allgemeine Schwäche oder Magen-Darm-Probleme sind ebenfalls möglich. Die Krankheitssymptome sind jeweils unterschiedlich stark, sie können auch ganz leicht auftreten.²⁴ Covid-19 kann jedoch auch eine Notwendigkeit einer ambulanten medizinischen Behandlung sowie einer stationären Behandlung im Sinne eines Spitalaufenthaltes verursachen. Von den bisher gut 700'000 laborbestätigten Fällen in der Schweiz wurden knapp 29'000 hospitalisiert und gut 10'000 davon sind verstorben.²⁵ Ein Grossteil der Bevölkerung kommt demzufolge mit einem relativ milden Verlauf und somit höchstens einer ambulanten Behandlung davon, allerdings ist es doch eine, mit ca. 1.4% Verstorbenen, nicht unbeachtliche Menge an Todesfällen.

Knapp zwei Drittel aller schwer an Covid-19 erkrankten Personen leiden noch rund einen Monat nach Spitalaustritt an einer Einschränkung ihres Gesundheitszustandes und ihrer Lebensqualität in Form von übermässiger Erschöpfung oder Atemnot. Dabei kann allerdings noch nicht unbedingt von Langzeitfolgen gesprochen werden, da dieser Anteil nach drei Monaten deutlich kleiner ist. Die Folgen von «Long-Covid» sind bisher noch wenig dokumentiert, da schlicht noch keine Langzeitdaten vorliegen. Allerdings gibt es klare Belege, dass die Auswirkungen auf Herz und Lunge sowie das Gehirn länger

22 Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben, vom 17. Dezember 1993, SR 822.14.

23 Bundesgesetz über die Krankenversicherung, vom 18. März 1994, SR 832.10.

24 <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/krankheit-symptome-behandlung-ursprung.html>>.

25 <<https://www.covid19.admin.ch/de/overview?ovTime=total>> (Stand 01. Juni 2021).

andauern als die akute Covid-Erkrankung selbst.²⁶ Solche Langzeitfolgen können sich auch auf die Arbeitsunfähigkeit²⁷ oder Erwerbsunfähigkeit²⁸ auswirken und allenfalls sogar in eine Invalidität²⁹ münden.

B. Bedrohungen durch Covid-19

- 10 Covid-19 als weltweite Pandemie bedroht sowohl die Individuen als auch die Gesellschaft insgesamt. Staat und Wirtschaft, aber auch die Individuen sind in hohem Masse herausgefordert. Notwendig sind Reaktionen, deren Wirkungen die Krise überdauern, denn viele Veränderungen werden fortbestehen, auch wenn die Bedrohungen durch das aktuelle Virus nachlassen.
- 11 Das Virus trifft uns alle, ungeachtet unseres Status, und macht somit keinen Unterschied. Seine *Auswirkungen* verdeutlichen allerdings soziale Ungleichheiten und Diskriminierungen.³⁰ Die Studie Egger et al.³¹ zeigt klar eine unterschiedliche Betroffenheit je nach sozialem Status. Die Studie zeigt einerseits auf, dass in den Vierteln, in denen Personen mit höchsten sozioökonomischen Positionen lebten, mehr Tests durchgeführt wurden und auch die Positivität der Tests war in diesen Stadtteilen niedriger.³² Die Assoziationen zwischen den sozioökonomischen Positionen in der Nachbarschaft und den Outcomes waren in jüngeren Altersgruppen stärker und es konnte eine Heterogenität zwischen den Kantonen festgestellt werden.³³ Eine Erklärung dafür könnte sein, dass die ärmeren Menschen in den betroffenen Quartieren auf engerem Raum leben und zudem weniger im Homeoffice arbeiten können.³⁴ Es sind auch schon vermehrt Vorerkrankun-

26 <<https://sciencetaskforce.ch/policy-brief/moegliche-langzeitfolgen-einer-sars-cov-2-infektion/>>.

27 Art. 6 ATSG, Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil der Sozialversicherungsrecht, vom 6. Oktober 2000, SR 830.1.

28 Art. 7 ATSG.

29 Art. 8 ATSG.

30 Siehe z.B.: PETRAKI ANASTASIA, Covid.19 hat soziale Ungleichheiten in den Fokus gerückt, 9. June 2020. <<https://www.schroders.com/de/ch/wealth-management/insights/markte/covid-19-hat-soziale-ungleichheiten-in-den-fokus-gerueckt/>>; MCCOY NILAGIA, Seeking Justice in Healthcare for Black Americans in the Covid.19 Pandemic, 13. April 2021. <<https://www.bmc.org/healthcity/policy-and-industry/seeking-health-justice-black-americans-amid-covid-19-pandemic>>; MERSCHEL MICHAEL, Want to help fight for health justice? It may be time to listen, 6. April 2021. <<https://www.heart.org/en/news/2021/04/06/want-to-help-fight-for-health-justice-it-may-be-time-to-listen>>; BENFER EMILY A./MOHAPATRA SEEMA/WILEY LINDSAY F./YEARBY RUQAIJAH, Health Justice Strategies to Combat the Pandemic: Eliminating Discrimination, Poverty, and Health Inequity During and After COVID-19, SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 1. Juni 2020. <<https://papers.ssrn.com/abstract=3636975>>.

31 JULIEN RIOU/RADOSLAW PANCAK/CHRISTIAN L. ALTHAUS/CHRISTOPH JUNKER/DAMIR PERISA/KATRIN SCHNEIDER/CRISCUOLO NICOLA/NICOLA LOW/MATTHIAS EGGER, Socioeconomic position and the cascade from SARS-CoV-2 testing to COVID-19 mortality: Analysis of nationwide surveillance data, 24. April 2021.

32 Dieselben, S. 8.

33 Dieselben, S. 8 f.

34 Dieselben, S. 10.

gen vorhanden, die den Verlauf der Erkrankung verschlimmern können.³⁵ Somit spielt die soziale Lage in der Pandemie durchaus eine grosse Rolle, indem Menschen mit niedrigen Löhnen und prekären Verhältnissen überdurchschnittlich hart getroffen werden.

C. Staatliche Handlungspflichten

Auch wenn die Bundesverfassung kein «Recht auf Gesundheit» enthält³⁶ und nach Lehre und Rechtsprechung auch ein in internationalen Menschenrechtsverträgen anerkanntes Recht auf Gesundheit nicht justiziabel ist³⁷, ist der Schutz vor Corona eine staatliche Pflicht. Diese Pflicht entnimmt sich auch Art. 12 Abs. 2 lit. c UN-Pakt I³⁸. Die Ratifikationsstaaten sind verpflichtet, die notwendigen Massnahmen zur Vorbeugung, Behandlung und Bekämpfung (unter anderem) epidemischer Krankheiten zu ergreifen. Die Massnahmen gegen die weitere Verbreitung des Coronavirus haben nicht nur eine verfassungs-, sondern auch eine menschenrechtliche Grundlage.³⁹ Es gilt indes zu beachten, dass die Pandemiebekämpfungsmassnahmen mit anderen Menschenrechten vereinbar sein müssen.⁴⁰ Der Staat ist in Gesundheitskrisen verpflichtet, Leib und Leben⁴¹, aber auch die wirtschaftliche und soziale Existenz der Menschen zu schützen.⁴² Die staatlichen Handlungspflichten bilden Ausfluss grundrechtlicher Schutzpflichten.⁴³ Nach Art. 118 Abs. 1 BV muss der Bund in seiner Zuständigkeit Massnahmen zum Schutz der Gesundheit erlassen.⁴⁴ Art. 118 BV bildet die Grundlage für das Epidemiengesetz (EpG).⁴⁵

D. Massnahmen gestützt auf EpG / Covid-19-Gesetz / Covid-19-Verordnung

Gestützt auf das EpG hat der Bundesrat seit Beginn der Pandemie zahlreiche Massnahmen ergriffen.⁴⁶ Diese enthielten Verbote, wie z.B. für Veranstaltungen, und Vorschriften zum individuellen Verhalten, wie die Maskenpflicht, Quarantäne oder Isolation. Die

35 Dieselben, S. 10.

36 RIEDER, Kommentar zu Art. 12, N 8 ff.

37 SEITZ, S. 3; BGE 126 I 240 E. 2c.

38 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, abgeschlossen am 13. Dezember 1966 in New York, für die Schweiz in Kraft getreten: 18. September 1992, SR 0.103.1.

39 ZÜND/ERRASS, S. 69 ff.

40 CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), Para 28–29, Quelle: <WSK-Ausschuss, General Comment No. 14 (2000), paras. 28–29>.

41 BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 17; siehe auch BGE 98 Ia 508, 515.

42 CHRISTIAN CROCETTA, Droits sociaux et sens civique en Italie en temps de Coronavirus, in : Jusletter 14 avril 2020.

43 Siehe dazu CIRIGLIANO/SCHAUB; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1173 ff.; COULLERY, S. 632 ff.

44 POLEDNA, Art. 118, Rz. 2.

45 BÜCHLER/MICHEL, S. 6.

46 Es ist hier nicht der Ort, die Zulässigkeit im Allgemeinen und Verhältnismässigkeit im Besonderen einzelner Massnahmen zu analysieren oder grundsätzliche Fragen der Rechtsstaatlichkeit zu thematisieren, andere Autoren/innen haben dies getan, siehe zum Beispiel: SCHERRER, S. 228; GASSER/DROLSHAMMER, S. 65 ff.; STÖCKLI, S. 9; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, S. 686; MÄRKLI, S. 59, UHLMANN, S. 115.

Corona-Verordnungen des Bundesrates sahen aber auch wirtschaftliche Hilfen für verschiedene Branchen und Akteure vor. Während einer beschränkten Zeit galt die so genannte ausserordentliche Lage, die dem Bundesrat weitreichende Kompetenzen verlieh. Zudem basierten gewisse Erlasse auch auf Art. 185 Abs. 3 BV, dem Notverordnungsrecht. Um diese Massnahmen weiterführen zu können hat der Bundesrat zusammen mit dem Parlament das Covid-19-Gesetz erarbeitet und aufgrund des Beschlusses des Parlaments im dringlichen Verfahren sofort in Kraft gesetzt.⁴⁷ Das Covid-19-Gesetz fand in der Volksabstimmung vom 13. Juni auch die Zustimmung des Souveräns.⁴⁸

1. *Unmittelbare Auswirkungen der Massnahmen auf die wirtschaftliche Existenz*

a. Quarantäne und Isolation

- 14 Quarantäne und Isolation sind Massnahmen des Bundes zur Unterbrechung der Infektionskette und somit zur Eindämmung der Weiterverbreitung des Coronavirus. Eine betroffene Person, bei der eine laborbestätigte Infektion oder eine Vermutung der Infektion besteht, soll zuhause bleiben und den Kontakt zu anderen, zur möglichst effizienten Verhinderung von Neuansteckungen, vermeiden.⁴⁹ Dies hat bei Arbeitnehmenden sowie auch selbständig erwerbenden Personen einen Erwerbsausfall zur Folge.

b. Schliessung von Geschäften

- 15 Das Ziel der Schliessung von Geschäften und somit aller Einkaufsläden, sowohl Innen- als auch Aussenbereiche, und Märkte im Freien, die Güter des nicht-alltäglichen Bedarfs anbieten, ist das Reduzieren der Zahl der Kontakte als Schutz der Gesundheit der Bevölkerung.⁵⁰ Dies hat zur Folge, dass Selbstständigerwerbende, die einen Laden oder einen Marktstand mit nicht für den alltäglichen Bedarf gedachten Gütern führen, einen Erwerbsausfall erleiden. Bei angestellten Personen stellt sich die Frage der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebenden (umstritten) bzw. verursacht einen Erwerbsausfall der Arbeitnehmenden.

c. Schulschliessungen

- 16 Zu Beginn der Pandemie wurden neben den anderen Massnahmen zur Einschränkung der Mobilität und der Verhinderung der Verbreitung von Covid-19 ebenfalls die Schulen geschlossen. Dies bedeutet einen zusätzlichen Betreuungsaufwand der Eltern für die Zeit, in der die Kinder in der Schule wären. Diesbezüglich stellt sich, im Falle der Verhinderung der Eltern zur Arbeit zu gehen, erneut die Frage der Lohnzahlungspflicht des

47 <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20210613/covid-19-gesetz.html>>.

48 Bei einer Stimmbeteiligung von knapp 60% wurde das Covid-19-Gesetz mit 60.21% von der Schweizer Stimmbevölkerung angenommen. <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/20210613/can643.html>>.

49 <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/isolation-und-quarantaene.html>>.

50 <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/64893.pdf>>.

Arbeitgebenden (umstritten) resp. kann dadurch erneut ein Erwerbsausfall der Arbeitnehmenden und Selbstständigerwerbenden entstehen. Heute ist der Präsenzunterricht in der obligatorischen sowie auch Sekundarstufe II und Tertiärstufe wieder erlaubt, allerdings müssen die Schulen ein Schutzkonzept entwickeln und alle müssen vor Ort eine Maske tragen.⁵¹ Jedoch werden auch heute noch ganze Schulklassen inklusive der Lehrpersonen in die Quarantäne geschickt, sofern ein Fall festgestellt wurde. Im Kanton Aargau können solche Schulschliessungen nur von den kantonalen Gesundheitsbehörden angeordnet werden.⁵² Auch im Kanton Basel-Stadt muss bei einem positiv getesteten Kind umgehend die Schulleitung informiert werden, die den Kinder- oder Jugendgesundheitsdienst in Kenntnis darüber setzt und dieser entscheidet schliesslich über eine allfällige Quarantäne.⁵³

2. Mittelbare Auswirkungen der Massnahmen

Diese Massnahmen haben allerdings nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare 17 Auswirkungen zur Folge.

a. Wirtschaftliche Schwierigkeiten der Unternehmen

Die Unternehmen erleiden nicht nur wirtschaftliche Folgen, falls sie direkt von Schlies- 18 sungen oder ähnlichen Massnahmen betroffen sind, sondern auch viele der Betriebe, die ihre Geschäftstätigkeit weiterführen konnten, spüren die Folgen der Pandemie. Vor allem in der Exportwirtschaft ergeben sich Probleme betreffend die Lieferketten, denn Werkschliessungen, verminderte Frachtkapazitäten und längere Transportzeiten können die internationalen Lieferketten unterbrechen oder zumindest verlangsamen, was zu schrumpfenden Lagerbeständen führt. Im internationalen Geschäft machten sich die grösstenteils verhängten Produktionsstopps bei Zulieferern und Abnehmern im Ausland bemerkbar. Auch zunehmende Kundenverluste durch internationale oder nationale Reisebeschränkungen führen zu einem Umsatzeinbruch.⁵⁴

b. Kurzarbeit

Der Sozialversicherungszweig der Arbeitslosenversicherung versichert die Risiken der 19 Arbeitslosigkeit, der Kurzarbeit, des schlechten Wetters sowie der Insolvenz,⁵⁵ somit ist die Kurzarbeitsentschädigung eine der Leistungen gemäss Art. 7 Abs. 2 des Arbeitslosenver-

51 <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/massnahmen-des-bundes.html#256147750>>.

52 <<https://www.schulen-aargau.ch/coronavirus#section982902>>.

53 Kanton Basel-Stadt, COVID-19: Richtlinien zum Umgang mit an Coronavirus erkrankten Personen und Kontakten in Schulen, Kindergärten, Tagesstrukturen, Tagesstätten, Kindertagesstätten, Tagesfamilien und Spielgruppen im Kanton Basel-Stadt, 07. April 2021.

54 <<https://dievolkswirtschaft.ch/de/2020/10/corona-pandemie-von-einer-angebots-zu-einer-nachfrage-krise/>>.

55 KIESER, S. 559.

sicherungsgesetzes (AVIG)⁵⁶. Geregelt wird die Kurzarbeitsentschädigung in Art. 31 ff. AVIG. Die Arbeitslosenversicherung ist grundsätzlich obligatorisch für Arbeitnehmende, jedoch gibt es keine solche für Selbstständigerwerbende.⁵⁷ Demnach haben Arbeitnehmende einen Anspruch auf Kurzarbeit, sofern deren gewöhnliche Arbeit erheblich eingeschränkt oder eingestellt wurde.⁵⁸ Der Arbeitsausfall ist dann anrechenbar, sofern er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen ist.⁵⁹ Die aktuelle Covid-19-Pandemie gehört offensichtlich nicht zu den gewöhnlichen Betriebsrisiken gemäss Art. 32 AVIG, die wirtschaftlichen Einbussen sind vielmehr auf die behördlichen Massnahmen zurückzuführen.⁶⁰ Die Kurzarbeitsentschädigung beträgt höchstens 80% des anrechenbaren Verdienstes⁶¹ und darf grundsätzlich innerhalb von zwei Jahren höchstens in 12 Abrechnungsperioden ausgerichtet werden.⁶² Der Bundesrat stützt sich bei den Massnahmen auf die bestehenden Regelungen ab, passt allerdings einige Leistungen bezüglich der zu erfüllenden Voraussetzungen aufgrund der Covid-19-Pandemie an.⁶³ Der politische Druck auf den Bundesrat war gross, die Beschränkungen für gewisse Personenkategorien aufzuheben⁶⁴ und so dehnt er in der Covid-19-Verordnung zur Arbeitslosenversicherung⁶⁵ die Anspruchsberechtigung auf mitarbeitende Ehegatten bzw. eingetragene Partner*innen des Arbeitgebenden sowie auf Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, finanziell Beteiligte oder Mitglieder des obersten Entscheidungsrates tätig sind, aus.⁶⁶ Ausserdem fallen die Karenztage weg, Mitarbeitende in einem befristeten Verhältnis, Lehrverhältnis oder Temporärverhältnis werden ebenfalls berücksichtigt und Arbeitgebende, die Kurzarbeit verlangen, müssen diese nicht vorschiesen.⁶⁷ Auch die Anzahl der Taggelder sowie die Rahmenfrist des Anspruches auf die Kurzarbeitsentschädigung werden gemäss Art. 8a der Covid-19-Verordnung zur Arbeitslosenversicherung erweitert.⁶⁸

- 20 Man kann also festhalten, dass sich der Bundesrat in Bezug auf die Kurzarbeitsentschädigung auf das bestehende Sozialversicherungssystem stützt, was hervorhebt, dass dieses System in der Schweiz, nach gewissen einzelnen Anpassungen, auch in einer Krise wie der Covid-19-Pandemie dazu fähig ist, die Situation zu erfassen.⁶⁹

56 Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, vom 25. Juni 1982, SR 837.0.

57 PÄRLI, Arbeitslosenversicherung, S. 126.

58 Art. 31 Abs. 1 AVIG.

59 Art. 32 AVIG.

60 PÄRLI, Arbeitslosenversicherung, S. 126.

61 Art. 34 Abs. 1 AVIG.

62 Art. 35 Abs. 1 AVIG.

63 KIESER, S. 559.

64 PÄRLI, Arbeitslosenversicherung, S. 127.

65 Verordnung im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19), vom 20. März 2020, SR 837.033.

66 KIESER, S. 559.

67 KIESER, S. 560.

68 PÄRLI, Arbeitslosenversicherung, S. 127.

69 KIESER, S. 560.

c. Arbeitslosigkeit

Art. 8 ff. AVIG regelt die Anspruchsvoraussetzungen für die Arbeitslosenentschädigung. Die Auswirkungen der beschränkenden Massnahmen auf die Unternehmen kann für viele Arbeitnehmende dennoch die drohende Arbeitslosigkeit bedeuten. Hinzu kommt, dass die Corona-Pandemie die Jobchancen stark reduziert, was eine Steigerung der Zahl der Langzeitarbeitslosen in vielen Ländern zur Folge hat, vor allem da, wo man das Instrument der Kurzarbeit nicht kennt.⁷⁰ Betroffen davon sind einerseits die Selbstständig-erwerbenden, die ihr Geschäft aufgrund der wirtschaftlichen Einschränkungen ganz schliessen mussten oder die Angestellten in diesen betroffenen Branchen. 21

IV. Schutz der wirtschaftlichen Existenz

Die Covid-19-Pandemie birgt ebenfalls eine Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz für eine Vielzahl von Personen. Der Bund ist bestrebt, diese mit finanziellen Massnahmen so gut wie möglich abzufedern. Im folgenden Teil wird aufgezeigt, welche Instrumente der Bund dafür kennt oder errichtet hat. 22

A. Behandlungskosten

Damit Kosten von der Krankenversicherung übernommen werden, müssen gewisse Voraussetzungen erfüllt sein. Dabei geht es darum, wer die Leistungen erbringt und die bestimmte Art der Leistungen. Die Kosten für Untersuchungen sowie auch Behandlungen, die ambulant, teilstationär oder stationär von einem Arzt oder auf Anordnung dessen erbracht werden, werden von der Krankenversicherung übernommen.⁷¹ Somit werden grundsätzlich die Kosten, der in der Schweiz nach der obligatorischen Krankenversicherung versicherten Personen, für die Behandlung von Covid-19 als Infektionskrankheit übernommen. Der Leistungsbereich des KVG ist in Art. 25 ff. genau umschrieben und erfolgt nach dem Listenprinzip. Die eingesetzten Methoden für medizinische Untersuchungen, Behandlungen und Therapien müssen zusätzlich noch den Kriterien von Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit entsprechen.⁷² Gegebenenfalls kann auch die Unfallversicherung die Kosten decken, falls die Covid-19-Ansteckung als eine Berufskrankheit qualifiziert wird. Die Anerkennung als Berufskrankheit erfordert, dass in der beruflichen Tätigkeit ein höheres Risiko besteht, an Covid-19 zu erkranken als beim Rest der Bevölkerung. Eine zufällige Ansteckung am Arbeitsplatz reicht dafür nicht aus. Sofern eine Krankheit in dieser Berufsgruppe viermal häufiger erscheint, gilt diese Voraussetzung als erfüllt. Beispiele für ein erhöhtes Risiko sind Arbeitsplätze in Spitälern, Laboratorien oder Mitarbeitende in Pflegeheimen, nicht jedoch beim Verkaufspersonal oder der Polizei.⁷³ 23

70 <https://www.swissinfo.ch/ger/corona_die-pandemie-der-langzeit-arbeitslosigkeit/46410330>.

71 WIDMER, S. 203.

72 Art. 32 KVG.

73 WIDMER, S. 243.

B. Kosten für Covid-19-Tests und Impfung

- 24 Die Kosten für Tests und Impfung in Bezug auf Covid-19 werden grundsätzlich durch die allgemeinen Bundesmittel übernommen. Seit dem 15. März 2021 gilt, dass der Bund neu alle Kosten für Schnelltests, die man in einem Testzentrum, beim Arzt, in Spitälern oder in Apotheken durchführen lässt, übernimmt. Das bedeutet, dass man sich seitdem auch ohne Symptome gratis testen lassen kann. Zudem kann man seit dem 7. April 2021 in den Apotheken innerhalb von 30 Tagen fünf Selbsttests kostenlos beziehen. Dies wird von der Apotheke direkt mit der Krankenkasse abgerechnet. Bei den PCR-Tests gilt weiterhin, dass die Übernahme der Kosten davon abhängt, warum man sich testen lässt. Bei Symptomen, einer Meldung von der SwissCovidApp oder einer behördlichen resp. ärztlichen Anweisung werden die Kosten übernommen, nicht jedoch, sofern ein negatives Testresultat – z.B. für eine Reise – benötigt wird.⁷⁴ Der Grund für die Übernahme der Kosten der Tests auch ohne Symptome ist, dass ein Anreiz geschaffen werden soll, solche Tests in Hotels, Altersheimen oder auch am Arbeitsplatz durchzuführen.⁷⁵
- 25 Die Kosten für die Covid-19-Impfung werden von der obligatorischen Krankversicherung nach KVG übernommen. Die Kosten, die davon nicht gedeckt werden, tragen Bund und Kantone. Einzig bei Personen, die weder eine obligatorische Krankenversicherung in der Schweiz abgeschlossen haben noch ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben oder als Grenzgänger bei der Arbeit keinem Ansteckungsrisiko ausgesetzt sind, werden die Kosten der Impfung nicht übernommen. Die Covid-19-Impfung soll grundsätzlich am Wohnort der jeweiligen Personen erfolgen.⁷⁶

C. Covid-19-bedingte Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit

- 26 Sofern man aufgrund von Long-Covid-Symptomen arbeits- oder erwerbsunfähig wird, stellt sich die Frage, wer dafür aufkommt resp. bei welcher Versicherung man dagegen versichert ist.⁷⁷ Die Arbeitsunfähigkeit bedeutet die Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte Unfähigkeit im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten.⁷⁸ Die Arbeitsunfähigkeit als zentrales soziales Risiko, das von der Sozialversicherung abgedeckt wird, steht in engem Zusam-

74 <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/testen.html#-634686877>>.

75 Jurius, Coronavirus: Testkosten und Quarantäneregeln, Jusletter 1. Februar 2021.

76 <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/impfen.html#-1290256515>>.

77 Vgl. zum Ganzen: <<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/haeufig-gestellte-fragen.html?faq-url=/de/node/76011>>.

78 Art. 6 ATSG.

menhang mit weiteren Risiken wie dem der Erwerbsunfähigkeit oder der Invalidität.⁷⁹ Als erwerbsunfähig gilt, wer dauerhaft nicht mehr auf dem in Betracht kommenden Arbeitsmarkt einer Erwerbstätigkeit nachgehen kann, auf einen bestimmten Beruf kommt es dabei nicht an.⁸⁰ Die Annahme einer Erwerbsunfähigkeit wird erst stattgegeben, wenn die zumutbare Behandlung sowie Eingliederung vorgenommen wurde. Sofern die Erwerbsunfähigkeit voraussichtlich bleibt oder für eine längere Zeit andauert, liegen die Voraussetzungen einer Invalidität nach Art. 8 Abs. 1 ATSG⁸¹ vor.⁸²

1. Taggelder der Unfallversicherung (wenn beruflich bedingte Infektion)

Stellen die Folgen von Covid-19 eine Berufskrankheit dar, kann dies zur Verpflichtung der Unfallversicherung zur Zahlung eines Taggeldes führen.⁸³ Die Arbeitsunfähigkeit dient in diesem Fall der Unfallversicherung als Anknüpfungspunkt und stellt zugleich die zentrale Leistungsvoraussetzung für Taggeldleistungen der Unfallversicherung dar. Die Unfallversicherung gewährt gemäss Art. 16 Abs. 1 UVG die Taggeldleistungen bei voller oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit nach Art. 6 ATSG. Die Leistungen sind vorübergehend, indem der Anspruch am dritten Tag nach dem Krankheits- oder Unfalltag beginnt und mit Wiedererlangung der vollen Arbeitsfähigkeit, mit Beginn der Rente oder dem Tod der versicherten Person endet. Damit die Covid-19-Infektion als Berufskrankheit qualifiziert werden kann, muss die Krankheit gemäss Art. 9 Abs. 1 UVG bei der beruflichen Tätigkeit ausschliesslich oder vorwiegend durch schädigende Stoffe oder bestimmte Arbeiten verursacht worden sein.⁸⁴ Das Versicherungsverhältnis bei Arbeitnehmenden entsteht von Gesetzes wegen, also automatisch, an jenem Tag, an dem das Arbeitsverhältnis beginnt oder das erste Mal ein Lohnanspruch besteht. Selbstständigerwerbende können sich mittels schriftlichen Vertrags freiwillig der Unfallversicherung anschliessen.⁸⁵

2. Taggelder der Krankentaggeldversicherung

Rühren die Folgen von Covid-19 nicht aus einer Berufskrankheit, greifen allenfalls die Leistungen der freiwilligen Krankentaggeldversicherung nach Art. 67 ff. KVG. Damit können zusätzliche, weiterreichende Leistungen anstelle der Lohnfortzahlungspflicht in einem Arbeitsverhältnis festgelegt werden.⁸⁶ Der jeweilige Arbeitgebende ist bei Ausfall eines Angestellten aufgrund einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zur Lohnfortzahlung verpflichtet, allerdings besteht dieser Anspruch gemäss Art. 324a OR nur für eine «beschränkte Zeit». Die genaue Dauer hängt von der Anzahl Dienstjahre und den

79 KIESER, ART. 6 ATSG, N 3 ff.

80 Art. 7 ATSG.

81 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, vom 6. Oktober 2000, SR 830.1.

82 KIESER, ART. 7 ATSG, N. 7 ff.

83 Art. 9 Abs. 3 UVG.

84 WITTWER, S. 144 ff.

85 CORTIULA, S. 268 f.

86 WIDMER, S. 228 ff.

Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere welche Skala für die Berechnung beigezogen wird.⁸⁷ Durch die freiwillige Krankentaggeldversicherung wird der Arbeitgebende von seiner Lohnfortzahlungspflicht befreit, sofern die abgeschlossene Versicherung den Arbeitnehmenden im Krankheitsfalle mindestens gleichwertig entschädigt.⁸⁸ Der Taggeldanspruch des versicherten Arbeitnehmenden entsteht, sobald die versicherte Person zumindest zur Hälfte arbeitsunfähig ist.⁸⁹ Ein Selbstständigerwerbender kann ebenfalls nach Art. 67 Abs. 2 KVG eine Krankentaggeldversicherung abschliessen. Hat er diese nicht abgeschlossen, führt dies meist zu einer finanziellen Einbusse der selbstständig erwerbenden Person, da die Aufwendungen unverändert bleiben, allerdings der Umsatz zurückgeht.⁹⁰

3. Ggf. IV-Renten der Invalidenversicherung

- 29 Einen Anspruch auf eine IV-Rente hat man, wenn die Erwerbsfähigkeit nicht durch zumutbare Eingliederungsmassnahmen wiederhergestellt, erhalten oder verbessert werden kann.⁹¹ Zeichnet sich ab, dass man aufgrund der Nachwirkungen durch eine Covid-19-Erkrankung für lange Zeit nicht mehr arbeitsfähig sein wird, ist eine frühzeitige Meldung bei der Invalidenversicherung ausschlaggebend. Diese Früherfassung verlangt, dass man für mindestens 30 Tage ununterbrochen arbeitsunfähig war oder in den letzten 12 Monaten wiederholt kürzere Absenzen hatte.⁹²

D. Unmittelbar durch Covid-19 bedingter Erwerbsausfall

- 30 Das Parlament verabschiedete am 25. September 2020 das Covid-19-Gesetz⁹³. Somit wurden gleichzeitig die Rahmenbedingungen für umfassende Massnahmen und Verordnungen zur Bewältigung der Pandemie geschlossen.⁹⁴ Die Grundlage zur Entschädigung des Erwerbsausfalls befindet sich zurzeit in Art. 15 des Covid-19-Gesetzes. Der Bundesrat kann in diesem Zusammenhang Entschädigungen für Personen vorsehen, die ihre Erwerbstätigkeit aufgrund der Bewältigung der Covid-19-Epidemie unterbrechen oder massgeblich einschränken mussten. Die Erwerbssersatzordnung (EO) fungiert während der Covid-19-Pandemie als Auffangbecken sowohl für Arbeitnehmende als auch Selbstständigerwerbende.

87 PORTMANN/RUDOLPE, Kommentar zu Art. 324a OR, N 13.

88 PORTMANN/RUDOLPE, Kommentar zu Art. 324a OR, N 51.

89 WIDMER, S. 228 ff.

90 Siehe KIESER, Arbeitsunfähigkeit.

91 <<https://www.ahv-iv.ch/p/4.04.d>>.

92 <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/iv/grundlagen-gesetze/leistungen-iv.html>>.

93 Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie, vom 25. September 2020, SR 818.102.

94 PÄRLI/EGGMANN, Corona, Rz. 3.

1. Arbeitnehmende

Als angestellte Person hat man Anspruch auf Erwerbsentschädigung, sofern man die Erwerbstätigkeit zur Betreuung der Kinder, aufgrund einer Quarantänemassnahme oder wenn man zu den besonders gefährdeten Personen gehört, unterbrechen muss. Die Quarantänemassnahmen müssen dabei mit einem ärztlichen Attest oder mit einer behördlichen Anordnung belegt werden. 31

2. Selbstständigerwerbende

Auch die Selbstständigerwerbenden bei einem Einkommensausfall in das System sozialer Sicherung zu integrieren, wurde bereits während der ersten Welle im Frühling 2020 Thema. Ohne diese Öffnung wären wohl viele Selbstständigerwerbende früher oder später auf die Sozialhilfe angewiesen.⁹⁵ Die Massnahmen zur Entschädigung des Erwerbsausfalls nach Art. 15 Covid-19-Gesetz beziehen somit gemäss Abs. 2 insbesondere die Selbstständigerwerbenden mit ein. Wenn man im Sinne der AHV als selbstständigerwerbende Person gilt, hat man ebenfalls Anspruch auf Entschädigung des Erwerbssatzes, unabhängig davon, ob die Betriebsschliessung resp. das Veranstaltungsverbot auf kantonaler oder Bundesebene entschieden wurde. Für Ansprüche ab dem 31. April 2021 muss der Umsatz im Antragsmonat mindestens 30% unter dem durchschnittlichen Monatsumsatz der Jahre 2015–2019 liegen. Der Anspruch erlischt an dem Tage, an dem die Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind oder spätestens am 30. Juni 2021.⁹⁶ 32

E. Mittelbar durch Covid-19 bedingter Erwerbsausfall

Während der Covid-19-Pandemie wurde, wie oben erwähnt, nicht nur die Bezugsdauer der Kurzarbeitsentschädigung verlängert, sondern auch Personen mit arbeitgebenden-ähnlicher Stellung miteinbezogen. Die Höchstdauer der Kurzarbeitsentschädigung wurde am 12. Mai 2021 auf 24 Monate erhöht, ausserdem soll das summarische Abrechnungsverfahren verlängert werden. Am 28. Oktober 2020 wurde mit der Änderung der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung auch die Anpassung der Kurzarbeit auf Mitarbeitende auf Abruf in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis beschlossen. 33

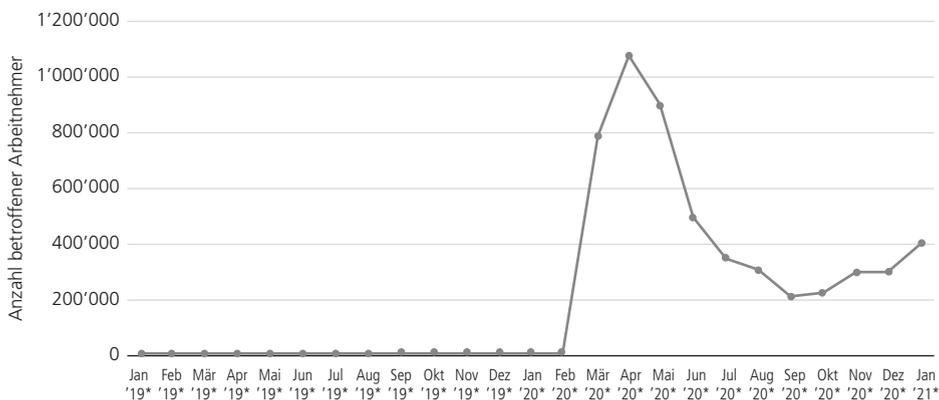
Folgende Grafik⁹⁷ zeigt den dramatischen Anstieg der Kurzarbeit im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie. Der Bezug von Kurzarbeitsentschädigungen erfuhr im Frühling 2020 während des ersten Lockdowns einen ersten Höhepunkt. Mit der teilweisen Normalisierung im Sommer 2020 ging auch die Kurzarbeit zurück. 34

95 PÄRLI/EGGMANN, Corona, Rz. 103.

96 <<https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/eo-msv/grundlagen-und-gesetze/eo-corona.html#324697687>>.

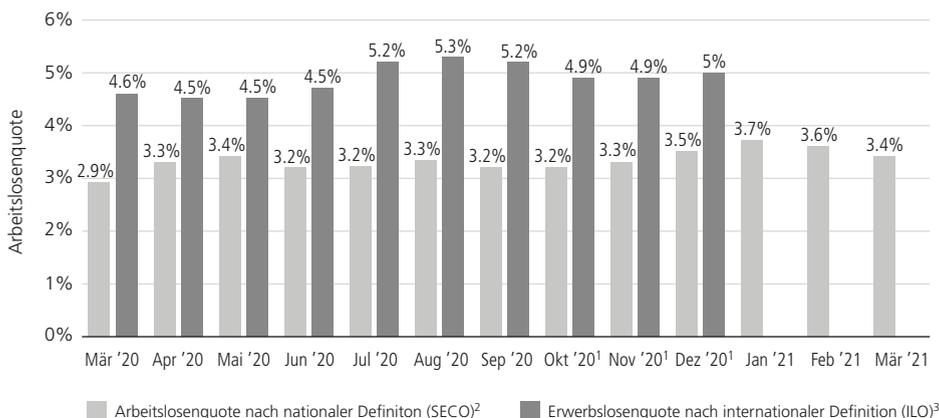
97 Quelle: Staatssekretariat für Wirtschaft ID 1135735.

Grafik 1: Anzahl der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer in der Schweiz von Jan. 19 – Jan. 21



35 Wie wichtig das Entschädigungssystem der Kurzarbeit ist, zeigt ein Blick auf die Entwicklung der Arbeitslosigkeit. Die folgende Grafik⁹⁸ zeigt die Veränderung der Arbeitslosenquote im vergangenen Jahr. Im März 2021 lag die Arbeitslosenquote der Schweiz bei 3.4%. Die Arbeitslosenquote beinhaltet sämtliche gemeldeten Personen, die keine Stelle haben und sofort vermittelbar sind, nicht enthalten sind Teilnehmende an Programmen zur vorübergehenden Beschäftigung, Umschulung oder Weiterbildung. Die jeweils daneben abgebildete Erwerbslosenquote nach Definition der ILO (International Labour Organization) eignet sich für Vergleiche mit anderen Ländern, da die Erhebung nach einheitlichen internationalen Standards ausfällt. Bei beiden Quoten werden nur Personen mit einbezogen, die dem Arbeitsmarkt auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Die Auswirkungen der Covid-19-Krise machen sich in der Arbeitslosigkeit bemerkbar,

Grafik 2: Arbeitslosenquote in der Schweiz von März 2020 bis März 2021



98 Quelle: Staatssekretariat für Wirtschaft; Bundesamt für Statistik (Schweiz) ID 288903.

indem im Jahre 2020 erstmals seit 2017 wieder ein Anstieg festgestellt werden konnte. Regional betrachtet, ist sie am meisten in der französischsprachigen Westschweiz und am wenigsten in der Zentral- und Ostschweiz ausgeprägt.⁹⁹

F. Auswirkungen der Covid-19-Krise auf die Bundesfinanzen der Schweiz 2020

Die soziale Wohlfahrt, zu welcher die Kurzarbeitsentschädigung, der Covid-19-Erwerbsersatz und die Kinderbetreuung zählen, hat die Schweiz im Jahr 2020 12.982 Mio. Franken gekostet. Der grösste Teil der Covid-19-Unterstützungsmassnahmen in der Schweiz flossen in die Kurzarbeitsentschädigung. Für die Gesundheit und somit die Beschaffung von Sanitätsmaterial inklusive Impfstoffen, Kostenübernahmen für Covid-19-Tests und weitere Ausgaben im Sinne von Arzneimitteln oder dem Gesundheitsschutz, hat der Bund 858 Mio. gezahlt. Neben diesen Ausgaben stellte der Staat im Jahr 2020 Garantien und Bürgschaften in Höhe von insgesamt rund 42.78 Mrd. Schweizer Franken.¹⁰⁰

G. (Noch) keine Auswirkungen auf die Sozialhilfe

Die folgende Grafik¹⁰¹ zeigt die Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf die Sozialhilfe. Die Covid-19-Krise bedeutet weltweit und somit auch für die Schweiz die grössten wirtschaftlichen Einbussen seit dem 2. Weltkrieg, also somit weit bedeutendere Auswirkungen als die letzte Finanzkrise. Diese Auswirkungen bedeuten auch eine grosse Herausforderung für das System der sozialen Sicherheit in der Schweiz. Das durchaus stabile und solide soziale Sicherungssystem in der Schweiz bewahrt viele Menschen vor einem schnellen sozialen Abstieg oder akuter Armut. Dies ist z.B. in angelsächsischen Staaten derzeit zu beobachten. Die mittel- und langfristigen Auswirkungen der aktuellen Krise auf die Wirtschaft und Gesellschaft im Allgemeinen und spezifisch auf die Sozialhilfe, lassen sich im Moment nur schwierig abschätzen. Allerdings lassen sich Faktoren benennen, die in Zukunft wichtig sein werden für die Sozialhilfe, so wie die Arbeitslosenquote, die stark betroffenen Selbstständigerwerbenden, die berufliche und soziale Integration sowie der Nichtbezug von Sozialhilfe und Flüchtlinge. Es ist davon auszugehen, dass ein Teil der Bevölkerung mittel- und langfristige Einbussen durch die Covid-19-Krise erleiden wird und danach auf Unterstützung angewiesen sein wird. Besonders gefährdet sind Langzeitarbeitslose und Selbstständigerwerbende mit tiefem Einkommen. Im Jahr 2022 wird somit ein Zuwachs von 21.3% bei den unterstützten Personen erwartet. Für diese rund 821 Mio. Franken erwarteten Kosten braucht es Massnahmen zur Abfederung.¹⁰²

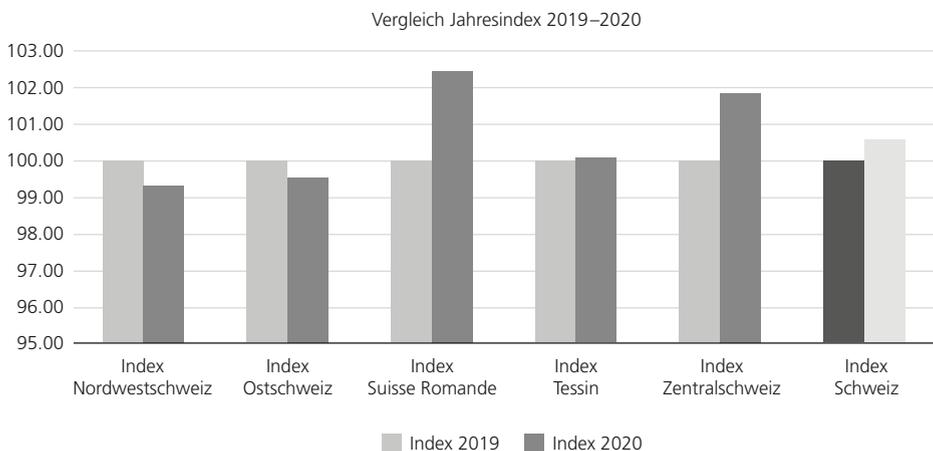
99 <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/288903/umfrage/arbeitslosenquote-in-der-schweiz-nach-monaten/>>.

100 <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1128089/umfrage/finanzielle-massnahmen-des-bundes-waehrend-der-corona-pandemie-in-der-schweiz/>> (Stand: 14.04.2021).

101 <<https://skos.ch/themen/sozialhilfe-und-corona/monitoring-fallzahlen>>.

102 Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe, Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, 4. überarbeitete Ausgabe, Bern 2005, <<https://skos.ch>>.

Grafik 3: Entwicklung der Fallzahlen in der Sozialhilfe 2019-2021



H. Zwischenfazit

- 38 Bis anhin lässt sich festhalten, dass unser Sozialversicherungssystem auch in einer Krisenzeit, wie der Covid-19-Pandemie, funktioniert hat. Dies zeigt sich dadurch, dass eine drohende Massenarbeitslosigkeit sowie eine hohe Sozialhilfeabhängigkeit vermieden werden konnten. Die zentrale Rolle dabei spielt vor allem die Kurzarbeitsentschädigung, die etliche Arbeitnehmende vor der Arbeitslosigkeit bewahrt hat und den Arbeitgebenden die Freiheit verschafft hat, die Arbeitnehmenden zu behalten. Das bereits bestehende Sozialversicherungssystem wurde während der Covid-19-Krise flexibel erweitert, unter anderem durch die Einführung von Erwerbsersatzentschädigungen für neue Tatbestände, wie die Quarantäne, Schulschliessungen und Einkommensrückgang bei Selbstständigerwerbenden. Ausserdem wurde die Kurzarbeitsentschädigung ausgedehnt und der Zugang dazu erleichtert.
- 39 Allerdings wurden im letzten Jahr auch die Probleme des Systems sichtbar, die sich vor allem in der mangelnden Absicherung sozialer Risiken für Selbstständigerwerbende und dem lückenhaften Schutz für Arbeitnehmende in prekären Arbeitsverhältnissen bemerkbar machten.
- 40 Fraglich bleibt, was in der Zukunft auf uns zukommen wird. Die Kurzarbeitsentschädigung und die erweiterte Erwerbsersatzentschädigung aufgrund von Covid-19-bedingten Zuständen werden nicht ewig andauern, was bedeutet, dass wir uns auf eine steigende Arbeitslosigkeit mit gleichwohl steigenden Sozialhilfekosten einstellen müssen.

V. Gesundheitsschutz mit Fokus auf Arbeitnehmende

A. Auswirkungen von Covid-19

Das Covid-19-Virus hat uns zwar alle (fast) zur gleichen Zeit getroffen, jedoch nicht alle in gleicher Art und Weise.¹⁰³ 41

1. *Ungleiche Auswirkungen je nach Alter und Vorzustand*

Die Pandemie trifft alle Menschen, jedoch alle unterschiedlich. Für ältere Leute stellt das Virus ein höheres Gesundheitsrisiko dar, die jungen Leute haben demgegenüber stärker mit den wirtschaftlichen Konsequenzen zu leben.¹⁰⁴ Personen ab 65 Jahren und Personen mit bestimmten Vorerkrankungen, wie Bluthochdruck, Diabetes, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen oder Krebs gelten gemäss dem BAG als besonders gefährdet durch das Covid-19-Virus.¹⁰⁵ Vorbestehende Gesundheitsbedingungen setzen die Person dem Risiko der schweren Erkrankung oder des Todes durch Covid-19 aus. Die soziale Lage spielt in der Pandemie allerdings ebenfalls eine grosse Rolle, gerade Menschen mit tieferen Löhnen oder in prekären Arbeitsverhältnissen werden härter getroffen als andere.¹⁰⁶ Dies hängt damit zusammen, dass die Wahrscheinlichkeit für diese Personen, sich mit Covid-19 zu infizieren, höher ist, da sie aufgrund der unterschiedlichen Lebens- und Arbeitsverhältnisse ein erhöhtes Risiko haben, mit dem Virus in Kontakt zu kommen. Häufig ist diesen Personen die Möglichkeit des Homeoffice verwehrt und sie leben in beengten Wohnverhältnissen. Zudem ist die Wahrscheinlichkeit einer Vorerkrankung bei sozioökonomisch benachteiligten Gruppen höher.¹⁰⁷ 42

2. *Besonderer Schutz für Risikopatienten und Gesundheitspersonal*

Das Ziel in dieser Covid-19-Pandemie ist der Schutz besonders gefährdeter Personen sowie des Gesundheitssystems an sich. Diese besonders gefährdeten Gruppen sind somit ältere Menschen, Erwachsene mit bestimmten Formen oben genannter chronischer 43

103 CASLA KOLDO, Rights and Responsibilities: Protecting and Fulfilling Economic and Social Rights in Times of Public Health Emergency, In Covid-19, Law and Human Right: Essex Dialogues. A Project of the School of Law and Human Rights Centre, herausgegeben von Carla Ferstman und Andrew Fagan 11–17, University of Essex, 2020. <<http://repository.essex.ac.uk/28006/>>.

104 <<https://www.oeaw.ac.at/detail/news/corona-pandemie-verstaerkt-vorhandene-ungleichheiten/>>.

105 <<https://www.obsan.admin.ch/de/indikatoren/corona-risiko-vorerkrankungen-und-risikogruppe-alter-15>>.

106 Dies zeigt eine Studie des Genfer Unispitals: <<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpubh.2020.626090/full>>.

107 Public Health Covid-19, Verschärfen COVID-19 Pandemie und Infektionsschutzmassnahmen die gesundheitlichen Ungleichheiten?, 28. May 2020; ILO, Covid-19 verschärft soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten, 30. März 2020, <https://www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS_740512/lang--de/index.htm>.

Krankheiten sowie schwangere Frauen und Erwachsene mit Trisomie 21¹⁰⁸. Diese Personengruppen stellen die Risikopatienten im Zusammenhang mit Covid-19 dar und müssen besonders geschützt werden. Bei diesen Betroffenen ist es besonders wichtig darauf zu achten, die Schutz- und Sicherheitsmassnahmen einzuhalten. Bezüglich der besonders gefährdeten Arbeitnehmenden hat der Arbeitgebende eine erhöhte, besonders konkretisierte Pflicht zum Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz.¹⁰⁹

- 44 Als Gesundheitsfachperson wird man mit dem Coronavirus konfrontiert, wenn die Patient*innen untersucht, gepflegt oder beraten werden. Personen, die Gesundheitseinrichtungen, Arztpraxen, öffentlich zugängliche Bereiche von Spitälern und Pflegeheimen betreten, sind verpflichtet eine Maske zu tragen. Ausserdem müssen die Einrichtungen über ein Schutzkonzept verfügen, das gewährleistet, dass das Übertragungsrisiko minimiert wird.

B. Schutz- und Sicherheitsmassnahmen

1. Hygiene und Abstand

- 45 Gemäss Art. 10 der Covid-19-Verordnung besondere Lage¹¹⁰ müssen die Arbeitgebenden gewährleisten, dass die Arbeitnehmenden den Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und Abstand Folge leisten. So müssen Arbeitnehmende grundsätzlich in Innenräumen eine Gesichtsmaske tragen. Ausnahmen gelten, sofern der nötige Abstand zwischen den Arbeitsplätzen eingehalten werden kann, es sich um Tätigkeiten handelt, aufgrund derer Art keine Maske getragen werden muss, oder es Personen sind, die nachweisen können, aus besonderen Gründen keine Maske tragen zu können. Der Arbeitgebende hat nach dem STOP-Prinzip¹¹¹ weitere Massnahmen zu treffen, wie die physische Trennung, getrennte Teams oder das Tragen von Gesichtsmasken in Aussenbereichen.

2. Einschränkung der Bewegungsfreiheit der Betroffenen

- 46 Die vom Bundesrat erlassenen Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus beinhalten aufgrund ihrer gesundheitspolitischen Natur diverse Eingriffe in die Grund- und Menschenrechte. So wird auch die Bewegungsfreiheit der Betroffenen als Teil der persönlichen Freiheit nach Art. 10 BV, mit Aufforderungen so oft wie möglich zu Hause zu bleiben, in gewissem Masse eingeschränkt.¹¹² Die für lange Zeit vom Bundesrat verhängte

108 <<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>>.

109 Siehe dazu PÄRLI, gefährdete Arbeitnehmer/innen; LIENHARDT; CIRIGLIANO/SCHAUB.

110 Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, vom 19. Juni 2020, SR 818.101.26.

111 Substitution, technische Massnahmen, organisatorische Massnahmen, persönliche Schutzausrüstung.

112 <<https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/zugang-zum-recht/menschenrechte-coronavirus-pandemie>>.

Notvorschrift der «Corona-Fünferregel» beschränkt zudem die Versammlungsfreiheit der Betroffenen.¹¹³ Weiter wird die Bewegungsfreiheit durch die Quarantäne oder Isolation von den betroffenen Personen eingeschränkt.¹¹⁴ Die Bewegungsfreiheit in Bezug auf die Arbeitnehmenden bezieht sich vor allem auf die Aspekte des Homeoffices. Der Bundesrat verpflichtet ab dem 28. Januar 2021 die Arbeitgebenden, überall da Homeoffice anzuordnen, wo dies möglich und mit verhältnismässigem Aufwand umsetzbar ist. Somit lehnt sich diese Regelung an die Logik nach Art. 6 Abs. 1 ArG.¹¹⁵

C. Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden

1. Allgemeine Schutzpflichten im ArG und Arbeitsvertragsrecht

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebenden verpflichtet diesen den Arbeitnehmenden im Rahmen des Arbeitsvertrages Schutz und Fürsorge zuteil werden zu lassen. Der bedeutendste Aspekt dessen ist der Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmenden, indem der Arbeitgebende die Persönlichkeit zu achten und zu schützen hat. Zu den zu schützenden Persönlichkeitsgütern gehört ebenfalls deren Gesundheit, weshalb der Arbeitgebende die erforderlichen und geeigneten Massnahmen treffen muss, um diese mit der Grenze des technisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren zu schützen. Im Arbeitsgesetz, in Art. 6 Abs. 1, und im Unfallversicherungsgesetz, in Art. 82 Abs. 1, finden sich noch strengere Vorschriften.¹¹⁶ Mittels der Rezeptionsklausel in Art. 342 Abs. 2 OR lassen sich die Vorschriften des Arbeitsgesetzes im privatrechtlichen Verhältnis anwenden. Art. 6 Abs. 1 ArG sowie Art. 82 UVG besagen, dass es dem Arbeitgebenden obliegt, die Gesundheit der Arbeitnehmenden zu schützen, die in dessen Betrieb angestellt sind. Absatz 1 des Art. 6 ArG wurde bewusst sehr vage formuliert, damit die Pflichten des Arbeitgebenden in der dazugehörigen Verordnung konkretisiert werden können. Dies deshalb, weil eine Verordnung ein dynamischeres Instrument als ein Gesetz darstellt und so schneller und wirksamer abgeändert werden kann, sofern dies aufgrund des Stands der Technik und der Erfahrung erforderlich wird.¹¹⁷ So konkretisiert Art. 2 ArGV3, dass der Arbeitgebende alle Massnahmen treffen muss, um den Gesundheitsschutz zu wahren und zu verbessern und die physische und psychische Gesundheit der Arbeitnehmenden zu gewährleisten. Die Vollzugsbehörde des Gesetzes kann im Falle, dass der Arbeitgebende seine Pflichten nicht wahrnimmt, von ihm verlangen, die gesetzlichen Bestimmungen einzuhalten und das Notwendige zu unternehmen.¹¹⁸

113 FARGNOLI/LAPADULA, Rz. 1 ff.

114 <<https://scienetaskforce.ch/policy-brief/continued-confinement-of-those-most-vulnerable-to-covid-19/>>.

115 Juris, FAQ zur Homeoffice-Pflicht, Jusletter 18. Januar 2021.

116 PORTMANN/RUDOLPH, N 1 ff.

117 SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6, N 12 ff.

118 SCHEIDEGGER/PITTELOUD, Art. 6, N 35.

2. *Spezifische Vorschriften basierend auf Covid-19-Gesetz und Verordnung*

- 48 Gemäss Art. 4 des Covid-19-Gesetzes kann der Bundesrat Massnahmen zum Schutz besonders gefährdeter Arbeitnehmer anordnen und den Arbeitgebenden diesbezügliche Pflichten auferlegen. Sofern die Arbeit aufgrund einer behördlichen Massnahme ausgesetzt werden muss und eine Lohnfortzahlung durch den Arbeitgebenden zu leisten ist, so hat dieser einen gleichwertigen Anspruch auf Rückerstattung gemäss Art. 15 Covid-19-Gesetz, der die Massnahmen zur Entschädigung des Erwerbsausfalls regelt.

3. *Sonderschutz für vulnerable Arbeitnehmende*

- 49 Gemäss Art. 27a der Covid-19-Verordnung¹¹⁹ muss der Arbeitgebende seinen besonders gefährdeten Arbeitnehmenden ermöglichen, die Arbeit von zu Hause aus zu erfüllen und zu diesem Zwecke die erforderlichen Massnahmen treffen. Ist dies nicht möglich, muss der Arbeitgebende eine gleichwertige und gleich entlohnte Ersatzarbeit zur Verfügung stellen, die von zu Hause aus zu erledigen ist. Kann dem Arbeitnehmenden keine Arbeit zugeteilt werden, die von zu Hause aus machbar ist oder kein Arbeitsplatz beschafft werden, der engen Kontakt mit anderen Personen ausschliesst und mit Schutzmassnahmen versehen ist, so muss der Arbeitgebende den Arbeitnehmenden von der Arbeitspflicht unter Fortzahlung des Lohnes befreien.

D. Homeoffice-Pflicht für möglichst alle

- 50 Das Einhalten von Präventionsmassnahmen am Arbeitsplatz ist zentral zum Schutze der Mitarbeitenden vor einer Covid-19-Ansteckung. Im Vordergrund steht daher die Massnahme des Homeoffice, mit der Kontakte und somit das Ansteckungsrisiko reduziert werden können. Seit dem 18. Januar 2021 gilt gemäss Art. 10 Abs. 3 der Covid-19-Verordnung besondere Lage eine generelle Homeoffice Pflicht für die Bereiche, in denen es möglich ist, ohne unverhältnismässigen Aufwand von zuhause aus zu arbeiten. Seit dem 26. Mai 2021 wurde die Pflicht in eine Empfehlung umgewandelt für die Unternehmen, die eine repetitive Testung durchführen und in ein kantonales Testprogramm eingebunden sind. Die Kosten dafür übernimmt der Bund. Für alle anderen Unternehmen gilt auch jetzt noch die Homeoffice-Pflicht.¹²⁰ Das SECO definiert den Begriff des Homeoffice, der sonst in keinem Erlass definiert ist, als «jene Arbeit, die Arbeitnehmende ganz oder teilweise, regelmässig oder unregelmässig von zu Hause aus verrichten.» Weiter sei der häusliche Arbeitsplatz mit dem betrieblichen durch elektronische Kommunikationsmittel verbunden.¹²¹ In Art. 10 Abs. 3 der Covid-19-Verordnung besondere Lage

119 Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19), vom 19. Juni 2020, SR 818.101.24.

120 Faktenblatt des Bundesamtes für Gesundheit BAG, Coronavirus: Umfang mit den angepassten Homeoffice-Regeln, 26. Mai 2021.

121 PÄRLI/EGGMANN, Homeoffice, Rz. 18.

steht der kontrovers diskutierte Satz, dass den Arbeitnehmenden keine Auslagenentschädigungen geschuldet sind.¹²² Somit schuldet der Arbeitgebende entgegen Art. 327a Abs. 1 OR, der vorsieht, dass der Arbeitgebende verpflichtet ist, den Arbeitnehmenden alle durch die Ausführung der Arbeit notwendigerweise entstehenden Kosten¹²³ zu ersetzen, keine Entschädigung für die Auslagen, die aus der Erfüllung der Arbeitsverpflichtung von zu Hause aus stammen.¹²⁴

Zentral für einen möglichst wirksamen Gesundheitsschutz, zu dem die Arbeitgebenden auch im Homeoffice nach Art. 6 Abs. 1 ArG verpflichtet sind, ist es, dass die Arbeitnehmenden ein Bewusstsein für mögliche Gefahren in Bezug auf ihre Tätigkeit aufbauen und ihre Mitverantwortung gefördert wird. Gerade Arbeitnehmende im Homeoffice sind stundenlangen Bildschirmarbeiten ausgesetzt und auch die Arbeitszeit kann ein Risikofaktor darstellen, da diese nicht mehr so klar von der Freizeit getrennt werden kann.¹²⁵ Schliesslich sind auch die Arbeits- und Ruhevorschriften nach Arbeitsgesetz einzuhalten.¹²⁶ Die fehlende Kommunikation oder der Austausch mit Arbeitskollegen kann zudem belastende Auswirkungen auf die Gesundheit haben, weshalb die Etablierung eines digitalen Kommunikationsrhythmus essentiell ist.¹²⁷ Auch wichtig ist, dass bei der Überwachung durch den Arbeitgebenden die gesetzlichen Schranken des Datenschutzes der Arbeitnehmenden eingehalten werden, so muss für die im Homeoffice tätigen Mitarbeitenden klar ersichtlich sein, dass und wie weit das Unternehmen die Aktivitäten auf dem Homeoffice-Computer oder im Firmennetzwerk erfasst.¹²⁸

E. Kommentar

1. Wertungswiderspruch in der ersten Phase

Während der ersten Phase der Covid-19-Pandemie im Frühling 2020 wurde den besonders vulnerablen Personen vehement empfohlen nicht einzukaufen oder sonstige alltägliche Geschäfte zu machen und wenn möglichst zu Hause zu bleiben. Gleichzeitig gab es damals jedoch noch keine Befreiung von der Arbeitspflicht für genau diese Menschen.

2. Kontroverse Lösungsversuche

Zu dieser Zeit der ersten Phase wurden kontroverse Lösungsversuche diskutiert, mitunter die Arbeitsbefreiung für vulnerable Arbeitnehmende. Mit einer solchen Regelung stellen sich gleichzeitig auch einige Fragen, wie die Kostentragungspflicht für diesen Ausfall der Arbeitnehmenden und wer als «vulnerable» Person gilt. Zudem stellen sich

122 PÄRLI/EGGMANN, Homeoffice, Rz. 55.

123 Dazu gehören Kosten für den Arbeitsraum, Strom, Telefon, Internet etc.

124 PÄRLI/EGGMANN, Homeoffice, Rz. 43 ff.

125 Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Arbeiten zu Hause Homeoffice, 2019, S. 7 ff.

126 PÄRL/EGGMANN, Homeoffice. Rz. 31 ff.

127 Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Arbeiten zu Hause Homeoffice, 2019, S. 7 ff.

128 PÄRL/EGGMANN, Homeoffice. Rz. 82.

auch Beweisfragen in diesem Sinne. Schlussendlich hat allerdings der Bundesrat in Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern eine praktikable Lösung gefunden, indem vulnerable Personen von zu Hause aus arbeiten können oder, falls nicht anders möglich, von der Arbeit befreit werden.

3. *Allgemeine Probleme*

- 54 Probleme im Zusammenhang mit den Massnahmen bezüglich Covid-19 stellten sich vor allem bei den Kapazitäten der Vollzugsorgane für die Kontrolle der Einhaltung der Vorschriften, die in den Händen der Kantone liegt. Weiter geniessen nun vulnerable Arbeitnehmende einen erweiterten Schutz, indem sie von Hause aus arbeiten dürfen oder von der Arbeit befreit werden, allerdings besteht noch immer das Problem des noch fehlenden Kündigungsschutzes für diese Personengruppe. Dieselbe Problematik besteht bei einer verordneten Quarantäne oder Isolation, auch da gibt es noch keinen unumstrittenen Kündigungsschutz für die betroffenen Personen. Nach einer Meinung besteht ein solcher gerade nicht, da im Gegenteil zu einer Arbeitsverhinderung als Folge einer Krankheit oder eines Unfalls die präventive Arbeitsverhinderung eben nicht mit den Unsicherheiten über Fortdauer oder Ausmass der Arbeitsunfähigkeit einhergeht. Nach anderer Meinung muss es gerade diesen Kündigungsschutz geben, wenn ein besonders gefährdeter Arbeitnehmender von seinem Ablehnungsrecht zu arbeiten gemäss Art. 27a Abs. 7 Covid-19-Verordnung 3 Gebrauch macht. Ein Schutz muss in diesem Fall bestehen, sofern die besonderen Gründe eine generelle Arbeitsverhinderung bewirken.¹²⁹
- 55 Der Existenz- und Gesundheitsschutz ist, wie oben erläutert, bei den Arbeitnehmenden stark ausgebaut, allerdings stellt sich die Frage eines solchen bei Selbstständigerwerbenden. Mehrheitlich sind die Massnahmen im Zusammenhang mit Covid-19 auf Arbeitsverhältnisse zugeschnitten. Die Selbstständigerwerbenden können sich nicht bei der Arbeitslosenversicherung versichern lassen, was bedeutet, dass sie für Kurzarbeit nicht in Frage kommen, ausserdem besteht oftmals keine private Krankentaggeldversicherung im Falle des Erwerbsausfalles bei Krankheit.¹³⁰ In Branchen, die besonders stark betroffen sind, wie im Event- oder Kulturbereich, sind allerdings viele Akteure selbstständigerwerbend, welche von einer Absage dieser Veranstaltungen wirtschaftlich schwer betroffen sind. In diesem Falle haben sie weder Anspruch auf Kurzarbeits-, Arbeitslosen- noch auf Insolvenzenschädigung. Die soziale Absicherung der Selbstständigerwerbenden ist demnach ungenügend und gerade in Krisenzeiten zeigt sich das nochmals besonders anschaulich.¹³¹

129 PÄRLI/EGGMANN, Corona, Rz. 95.

130 PÄRLI, S. 15 ff.

131 GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 5.

4. Zäsuren

Ein merklicher Einschnitt war, als der Bundesrat im Frühling 2020 die Arbeitsschutzvorschriften für Pflegepersonal ausser Kraft gesetzt hat. Dies aufgrund dessen, dass es in der Gesundheitsversorgung während der Pandemie nicht zu Engpässen mit dem Personal kommt. Die Geltung der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes wurden in den Spitalabteilungen sistiert, in denen es aufgrund Covid-19 zu einer enormen Zunahme an Arbeit gekommen ist.¹³² Ausserdem beschränkte der Bundesrat in Art. 10 Abs. 3 der Covid-19-Verordnung besondere Lage die Kostentragungspflicht der Arbeitgebenden beim Homeoffice. Der Arbeitgebende muss den Mitarbeitenden keine Auslagenentschädigung wie Stromkosten, Beiträge an die Mietkosten etc. zahlen, da es sich um eine vorübergehende Anordnung handelt.¹³³ Ziel der bundesrätlichen Verordnung war es allerdings nicht, dass für den Arbeitgebenden eine bestehende Kostentragungspflicht aufgehoben wird, sondern vielmehr, dass keine zusätzlichen Kosten entstehen.¹³⁴

VI. Fazit und Ausblick

Zum Schluss lassen sich einige zentrale Aspekte im Zusammenhang mit der Covid-19-Krise zur Existenzsicherung und dem Gesundheitsschutz durch Arbeits- und Sozialversicherungsrecht festhalten. Wichtig erscheint, dass eine Verarmung weiter Teile der Bevölkerung im vergangenen Krisenjahr mit Hilfe der bisher bekannten Instrumente im Sozialrechtssystem vermieden werden konnte. Das Grundsystem der sozialen Sicherheit in der Schweiz funktioniert und notwendige Anpassungen erfolgten, «dank» den ausserordentlichen Kompetenzen des Bundesrates, rasch und effizient.

Bereits vorhandene Probleme wurden durch die Pandemie sichtbar gemacht und verstärkt. Im Zentrum steht die nach wie vor unzureichende soziale Absicherung der Selbstständigerwerbenden und Arbeitnehmenden in prekären Arbeitsverhältnissen. Es zeigt sich hier ein Bedarf an Reformen für die Zeit nach Covid-19. Ausserdem ist zu bemerken, dass Covid-19 die soziale Ungleichheit verstärkt, was insbesondere mit Hilfe der «Egger-Studie» in der Schweiz festgestellt wurde.

Es stellt sich die Frage, was die Aufgabe und die Rolle der Rechtswissenschaft in dieser Pandemie ist. Zum einen hat sie eine Bewertung des Status Quo am Massstab der Grundrechte und den Diskriminierungsverbote vorzunehmen. Zudem müssen allfällige weitere Defizite in der Ausgestaltung der (Sozial-)Rechtsordnung aufgezeigt sowie Lösungsvorschläge zuhanden der Politik erarbeitet werden. Zu diesem Zwecke besteht die Möglichkeit (und Notwendigkeit) der interdisziplinären Zusammenarbeit, indem z.B. Zusammenhänge zwischen dem Sozialschutz und der Compliance gegenüber Covid-19-Päventions- und Quarantäne-Massnahmen thematisiert werden müssen.

132 WOHLWEND, Rz. 6.

133 <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz/covid-19/faq_covid19.html#2007605118>.

134 PÄRLI/EGGMANN, Corona, Rz. 61 ff.

Literatur

- BIAGGINI GIOVANNI, Kommentar zu Art. 110, in: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017
- BREITENMOSER STEPHAN, III. Teil Föderalismus – Partie III Fédéralisme / 5 Föderalismus und Internationalisierung, in: Diggelmann Oliver/Hertig Randall Maya/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz Bd. I / Droit constitutionnel suisse Vol. I, Grundlagen Demokratie Föderalismus / Fondements Démocratie Fédéralisme, Zürich – Basel – Genf 2020, S. 643
- BRUNNER FLORIAN/WILHELM MARTIN/UHLMANN FELIX, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, AJP 2020 S. 685 ff.
- BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020
- CIRIGLIANO LUCA/SCHAUB LUKAS, Der Schutz besonders gefährdeter Arbeitnehmer/innen und betriebliche Schutzkonzepte in der COVID-19-Verordnung 2 – eine Auslege- und Einordnung vor dem Hintergrund staatlicher Schutzpflichten, ARV online 2020 Nr. 286
- CORTIULA DANIELE MARCO, Teil 4: Die Versicherungsunterstellung, in: Die Stellung der Selbstständigerwerbenden im Schweizerischen Sozialversicherungsrecht de lege lata und de lege feranda, Zürich 2020
- COULLERY PASCAL, Der Grundrechtsanspruch auf medizinische Leistungen, AJP 6/2001, S. 632–637
- FARGNOLI IOLE/LAPADUSA MARIA, Nicht mehr als fünf, Jusletter 25. Mai 2020
- GASSER URS/DROLSHAMMER JENS, Pandemie als Verbundkrise und digitales Phänomen, 1. Auflage, Basel 2020
- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter 23. März 2020
- KIESER UELI, Arbeitsunfähigkeit – eine zusammenfassende Übersicht, Zürich 2010 (zit. Kieser, Arbeitsunfähigkeit)
- KIESER UELI, Covid-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, AHP/PJA 5/2020, S. 552 – 561
- KIESER UELI, Kommentar zu Art. 6 ATSG, in: Kieser Ueli (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, 4. Auflage, Zürich 2020
- KIESER UELI, Kommentar zu Art. 7 ATSG, in: Kieser Ueli (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, 4. Auflage, Zürich 2020
- LIENHARDT ASTRID, Von neuen Viren und neuen Personengruppen, Jusletter 4. Mai 2020
- MÄRKLI BENJAMIN, Notrecht in der Anwendungsprobe – Grundlegendes am Beispiel der COVID-19-Verordnungen, Sicherheit & Recht 2/2020, S. 59 ff.
- MEYER-BLASER ULRICH/GÄCHTER THOMAS, § 34 Der Sozialstaatsgedanke, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz / Droit constitutionnel suisse, Zürich/Basel/Genf 2001, S. 558 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018
- MÜLLER LUCIEN, Kommentar zu Art. 12, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014
- PÄRLI KURT, Arbeits- und Sozialversicherungsrechtliche Fragen der Sharing Economy, Basel/Bern 2019, S. 15 ff.
- PÄRLI KURT, Besonders gefährdete Arbeitnehmer/innen, Jusletter 20. April 2020. (zit. PÄRLI gefährdete Arbeitnehmer/innen)

- PÄRLI KURT, Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum Erwerbsausfall, SZS 3/2020, S. 122 – 129. (zit. PÄRLI, Arbeitslosenversicherung)
- PÄRLI KURT/EGGMANN JONAS, Corona und die Arbeitswelt, Jusletter 8. Februar 2021. (zit. PÄRLI/EGGMANN, Corona)
- Pärli Kurt/Eggmann Jonas, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, Jusletter 22. Februar 2021. (zit. PÄRLI/EGGMANN, Homeoffice)
- POLEDNA TOMAS, Kommentar zu Art. 118 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A., Die Schweizerische Bundesverfassung St.Galler Kommentar, St.Gallen 2014
- PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, Kommentar zu Art. 324a OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Basel 2019
- PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, Kommentar zu Art. 328 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, Basel 2019
- RHINOW RENÉ A., Rechtsstaatlichkeit im Spiegel der neuen Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Gauch Peter (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich/Basel/Genf 2002
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Auflage, Basel 2016
- RIEDER ANDREAS, Kommentar zu Art. 12 Umsetzung in der Schweiz, in: Schläppi Erika/Ulrich Silvia/Wyttenbach Judith (Hrsg.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich, Bern 2015
- SCHIEDEGGER HANS-ULRICH/PITTELOUD CHRISTINE, Kommentar zu Art. 6 ArG, in: Geiser Thomas/von Kaenel Adrian/Wyler Rémy (Hrsg.), Arbeitsgesetz, SHK, Bern 2005
- SCHERRER URS, Ausserordentliche Lage – ausserordentliche Massnahmen, CaS 2020
- SCHWEIZER RAINER J., 3. Kapitel: Sozialziele / Vorbemerkungen zur Sozialverfassung, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014
- SEITZ CLAUDIA, Gesundheitsschutz im internationalen Recht und die Ausgestaltung durch Bund und Kantone, Asyl 4/18
- STÖCKLI ANDREAS, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, ZSR/RDS Band 139 (2020) Sondernummer «Pandemie und Recht»
- UHLMANN FELIX, Die Rolle des Rechts in der Pandemie, recht 2021 S. 113 ff.
- WOHLWEND MARC, Gesundheitsschutz auf Covid-19-Stationen, Jusletter 4. Mai 2020
- WIDMER DIETER, Die Sozialversicherung in der Schweiz, Zürich 2015
- WITTWER AMANDA, Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Luzern 2017
- ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Pandemie – Justiz – Menschenrechte, ZSR/RDS, Band 139, 2020, S. 69 ff.

Die Vereinsversammlung zu Pandemiezeiten

Anna Bleichenbacher*; Roland Fankhauser**

Inhaltsverzeichnis	Rz.
I. Einleitung	1
II. Allgemeine Bemerkungen	2
A. Normenhierarchie im Vereinsrecht	2
B. Begriff des Vereinsbeschlusses	5
III. Verschiebung oder Absage	6
IV. Schriftliche Vereinsversammlung	8
C. Einberufung	8
1. Grundsatz	8
2. Während der Covid-19-Pandemie	9
D. Formalien	10
E. Mehrheitsbasis, Anwesenheitsquorum und erforderliches Mehr	12
1. Mehrheitsbasis	12
2. Anwesenheitsquorum	16
3. Erforderliches Mehr	17
V. Elektronische Vereinsversammlung	18
VI. Unabhängige Stimmrechtsvertretung	19
VII. Fazit und Ausblick	22

I. Einleitung

Art. 64 Abs. 1 ZGB hält fest: «Die Versammlung der Mitglieder bildet das oberste Organ des Vereins.» Die eigentliche Durchführung der Vereinsversammlung wird im Gesetz nicht explizit geregelt, aber es wird – so noch in der älteren Literatur – davon ausgegangen, die «gemeinsame persönliche Anwesenheit (gleichzeitig, gleicher Ort) der Vereinsmitglieder» sei dazu erforderlich.¹ Die Covid-19-Pandemie und dadurch bedingt die behördlichen Versammlungsbeschränkungen haben viele Vereine vor grundlegende Fra-

* Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Juristischen Fakultät der Universität Basel.

** Professor für Zivil- und Zivilprozessrecht an der Universität Basel. Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um die nachträglich verschriftlichte Fassung des Vortrags «Der Verein in Zeiten von Corona», welchen der Genannte anlässlich des Symposiums #iuscoronae am 3. Mai 2021 (virtuell) an der Universität Basel gehalten hat.

1 BK-RIEMER, Art. 64 ZGB N 4.

gen betreffend die Weiterführung ihres Vereinslebens gestellt.² Der vorliegende Beitrag fokussiert auf rechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Fassung von Vereinsbeschlüssen in Zeiten der Pandemie. Nach allgemeinen Bemerkungen soll zuerst auf die wohl für viele Vereine besonders zu Beginn naheliegenden Varianten der Verschiebung oder Absage der Versammlung und anschliessend auf die notrechtlich vorgesehenen Alternativen der schriftlichen und elektronischen Durchführung sowie der unabhängigen Stimmrechtsvertretung eingegangen werden.³

II. Allgemeine Bemerkungen

A. Normenhierarchie im Vereinsrecht

- 2 Das Vereinsrecht ist geprägt von der grundrechtlich geschützten Vereinigungsfreiheit (Art. 23 BV). Das Gesetz belässt den Vereinen dementsprechend eine grösstmögliche Freiheit, insbesondere bei der Ausgestaltung der Mitgliedschaft und der Organisation.⁴ Die gesetzlichen Bestimmungen sind vielfach dispositiver Natur.⁵ Zur Bestimmung des auf einen vereinsrechtlichen Sachverhalt anwendbaren Rechts müssen somit oft Bestimmungen verschiedener Normstufen herbeigezogen werden. So kann die Einberufung einer Vereinsversammlung aufgrund der zwingenden gesetzlichen Bestimmung von Art. 64 Abs. 3 ZGB⁶ geschehen und der Beschluss über die Aufnahme eines neuen Mitglieds gem. der dispositiven gesetzlichen Regelung von Art. 65 ZGB⁷ mit einer statutarisch vorgesehenen relativen Mehrheit der anwesenden Mitglieder⁸ gefällt werden. Es erscheint somit verständlich, dass eine klare Hierarchie der unterschiedlichen Normen unentbehrlich ist. In «gewöhnlichen» Zeiten standen an erster Stelle zwingende gesetzliche Normen, an zweiter Stelle statutarische Bestimmungen, an dritter eine gefestigte Vereinsübung, an vierter Stelle dispositives Gesetzesrecht und zuletzt unterhalb der Statuten stehende vereinsinterne Erlasse.⁹
- 3 Während der Covid-19-Pandemie hat der Bundesrat mittels Notverordnung alternative Arten der Durchführung von Gesellschaftsversammlungen ermöglicht (Art. 27 Covid-19-VO 3).¹⁰ Die Bestimmung gilt für sämtliche Gesellschaftsformen. Der Verein ist trotz mangelnder Bezeichnung als solche im ZGB eine Gesellschaft¹¹, weswegen die

2 Illustrativ hierfür das Merkblatt von vitamin B, Fachstelle für Vereine: «Aktuelle Fragen im Verein wegen Corona», Stand vom 24. November 2020.

3 Stand der Gesetzgebung: 10. August 2021.

4 HEINI/PORTMANN, Rz. 67.

5 BK-RIEMER, ST, N 278.

6 Vgl. KUKO-JAKOB, Art. 64 ZGB N 5.

7 Vgl. BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 65 ZGB N 2.

8 In Abweichung zum dispositiven Art. 67 Abs. 2 ZGB, der eine absolute Mehrheit verlangt; vgl. BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 67 ZGB N 8, 13.

9 BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Vor Art. 60–79 ZGB N 24; HEINI/PORTMANN, Rz. 78.

10 Vormals Art. 6f Covid-19-VO 2, davor Art. 6b Covid-19-VO 2, davor Art. 6a Covid-19-VO 2.

11 HEINI/PORTMANN, Rz. 1 m.w.H.; Art. 2 lit. b FusG; BINDER/HOFSTETTER/BILAND/BOLLMANN, Jusletter vom 6. April 2020, Rz. 17.

Bestimmung auch für Vereine gilt.¹² Es stellt sich daher bereits vorgängig die Frage, wie der während der Covid-19-Pandemie für Vereine besonders relevante Art. 27 Covid-19-VO 3 in diese Normenhierarchie einzugliedern ist. Da eine Notverordnung Anordnungen für einen durch das Gesetz ungenügend geregelten Sachverhalt trifft, tritt sie als *lex posterior* an die Stelle der «gewöhnlichen» Norm.¹³ Hierbei ist kein Unterschied zwischen zwingenden und dispositiven gesetzlichen Normen zu machen.¹⁴ Hingegen werden Vereinerlasse und eine etwaige Vereinsübung nicht von den notrechtlichen Bestimmungen tangiert.¹⁵

Bezüglich der Art der Durchführung einer Vereinsversammlung verdrängt Art. 27 Covid-19-VO 3 somit die Bestimmungen des ZGB. Hat aber ein Verein bereits eine statutarische Grundlage betreffend die alternative Durchführung seiner Vereinsversammlung, so bleibt diese unberührt.¹⁶ Ebenfalls unberührt bleiben weitere (gesetzliche und statutarische) Vorschriften betreffend die Beschlussfassung; Art. 27 Covid-19-VO 3 regelt nur (aber immerhin) die Art der Durchführung.¹⁷

B. Begriff des Vereinsbeschlusses

Ein Vereinsbeschluss ist «eine aus mehreren gleichgerichteten Willenserklärungen der einzelnen Mitglieder hervorgehende einheitliche Willenserklärung zur Bestimmung des Vereinswillens».¹⁸ Dieser Ausdruck des Vereinswillens geht aus einer Abstimmung über einen Antrag hervor, dem eine Mehrheit zustimmt.¹⁹ Sowohl eine Abstimmung (über ein Sachgeschäft) als auch eine Wahl (über ein Personalgeschäft) kann Gegenstand eines Vereinsbeschlusses sein.²⁰ Im Folgenden wird zur Vereinfachung grundsätzlich von Abstimmungen gesprochen; dies soll nicht ausschliessen, dass es sich hierbei auch um Personalgeschäfte handeln kann.²¹

12 Bundesamt für Justiz, Nr. 7; KUNZ, SZW 2020, 297, 303; zur Anwendbarkeit auf Stockwerkeigentümergeinschaften über den Verweis von Art 712 m Abs. 2 ZGB s. WERMELINGER, Not@lex 2021, 49, 55.

13 MÄRKLI, Sicherheit & Recht 2020, 59, 65 m.w.H. und Ausnahmen.

14 Vgl. hierzu analog anwendbare Überlegungen aus der arbeitsrechtlichen Literatur: Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 19. Juni 2020, Stand am und in Kraft bis 31. Mai 2021, SR 818.101.26 sah vor, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer bei vorgeschriebenem Homeoffice keinen Auslagenersatz schuldet. Art. 327a Abs. 1 OR, der dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Auslagenersatz gibt, ist relativ zwingend (Art. 362 Abs. 1 OR). Für die Dauer, für die der genannte notrechtliche Artikel in Kraft war, bestand der grundsätzlich zwingende Anspruch des Arbeitnehmers jedoch nicht (PÄRLI/EGGMANN, Jusletter vom 22. Februar 2021, Rz. 45, 55).

15 Vgl. SCHERRER, CaS 2020, 228, 231, wenn auch dieser die Notverordnung von Art. 27 Covid-19-VO 3 für rechtswidrig hält.

16 Vgl. SCHERRER, CaS 2020, 228, 231.

17 Vgl. ERNST, recht 2020, 168 und 169 f.

18 HEINI/PORTMANN, Rz. 426.

19 Vgl. ERNST, Abstimmungsfibel, Rz. 67.

20 Vgl. BK-RIEMER, Art. 66 ZGB N 18 m.w.H.

21 Vgl. zudem BK-RIEMER, Art. 66 ZGB N 44: Auch wenn eine schriftliche Mehrheitsentscheidung eine Wahl darstellt, wird sie «Urabstimmung» genannt.

III. Verschiebung oder Absage

- 6 Das Gesetz schreibt Vereinen keinen bestimmten Zeitpunkt oder eine bestimmte Periodizität vor, wann respektive wie häufig Vereinsversammlungen stattzufinden haben.²² Die Statuten werden im Regelfall über die Einberufungsfälle Aufschluss geben²³, müssen dies aber nicht.²⁴ Auch eine entsprechende Vereinsübung könnte Einberufungsfälle begründen.²⁵ Zudem ist eine Versammlung zwingend einzuberufen, wenn dies mindestens ein Fünftel der Mitglieder verlangt (Art. 64 Abs. 3 ZGB). Will respektive muss das einberufende Organ²⁶ die Vereinsversammlung aufgrund der Pandemiesituation verschieben, wird es also unter Umständen vereinsinterne Regeln oder zwingendes Gesetzesrecht verletzen.²⁷ Verlangt ein Fünftel der Mitglieder die Einberufung oder tritt ein statutarischer oder übungsgemässer Einberufungsfall ein und kommt dem der Vorstand nicht nach, kann das Gericht angerufen werden.²⁸ Ob einer solchen Klage jedoch während der Pandemie Erfolg beschieden wäre, hängt u.E. davon ab, ob überhaupt die Möglichkeit bestand, (legal) eine Vereinsversammlung durchzuführen.²⁹ Dies ist im Allgemeinen ab dem Zeitpunkt zu bejahen, als der Bundesrat mittels Notverordnung Alternativen zur Präsenzversammlung für Gesellschaften zuließ.³⁰ Ab dem Zeitpunkt, in dem die notrechtlichen Alternativen dahinfallen, wird darauf abzustellen sein, ob und zu wie vielen Personen Präsenzveranstaltungen möglich sind. Die Durchführung einer Präsenzversammlung ist dabei nur für Vereine möglich, deren Mitgliederzahl die maximal zulässige Personenzahl an einer Versammlung nicht überschreitet, denn keinem Mitglied darf im Vornhinein der Zugang zur Vereinsversammlung versagt werden.³¹
- 7 Verständlicherweise werden in der Praxis viele Vereine ihre Versammlungen, die statuten- oder übungsgemäss früher hätten stattfinden sollen, auf einen Zeitpunkt verschoben haben, an dem wieder Veranstaltungen in Präsenz möglich waren oder sind, insbe-

22 BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 64 ZGB N 19. Eine Ausnahme besteht für revisionspflichtige Vereine, BK-RIEMER, Art. 64 ZGB N 18.

23 SCHERRER, CaS 2020, 86, 88.

24 BK-RIEMER, Art. 64 ZGB N 17f.

25 BK-RIEMER, Art. 64 ZGB N 18.

26 In der Regel ist dies der Vorstand, vgl. Art. 64 Abs. 2 ZGB (diese Bestimmung ist aber dispositiv; BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 64 ZGB N 20 m.w.H.). Im Folgenden wird dem Regelfall entsprechend vom Vorstand gesprochen.

27 Vgl. SCHERRER, CaS 2020, 86, 88.

28 BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 64 ZGB N 23f.; BK-RIEMER, Art. 64 ZGB N 27; HEINI/PORTMANN, Rz. 418; BGer 5A_142/2019 v. 29.04.2020; BGE 73 II 1.

29 A.A. wohl SCHERRER, CaS 2020, 86, 88, der davon ausgeht, in Anbetracht der Pandemie könne folgenlos von Einberufungsvorschriften abgewichen werden.

30 Details zu den einzelnen Alternativen s. unten.

31 Dies würde eine Verletzung der Einberufungsvorschriften darstellen. Solche Beschlüsse sind gem. Art. 75 ZGB anfechtbar, ggf. sogar nichtig, vgl. BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 64 ZGB N 27. BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 75 ZGB N 36 und BK-RIEMER, Art. 75 ZGB N 103 gehen bei Zutrittsverweigerung von Nichtigkeit aus.

sondere im Hinblick auf die bei vielen Vereinen zentrale gesellige Komponente.³² Dies wirft insbesondere die Frage nach der Gültigkeit von Beschlüssen, welche in Verletzung der vereinsinternen oder gesetzlichen Einberufungsvorschriften an der verschobenen Versammlung gefällt wurden, auf. Grundsätzlich sind Beschlüsse, die in Verletzung der Einberufungsvorschriften getroffen wurden, anfechtbar, gegebenenfalls sogar nichtig.³³ Wie aber soeben dargelegt, hätten Vereinsmitglieder, die auf einer früheren Durchführung der Vereinsversammlung bestanden hätten, deren Durchführung gerichtlich durchsetzen lassen können. Haben sie diesen Weg nicht beschritten (oder wurde ihre Klage mangels Durchführbarkeit der Versammlung abgewiesen), wäre u.E. die allfällige Anfechtung eines an der verschobenen Versammlung gefassten Beschlusses rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB).³⁴ Nichtig kann ein Beschluss einer verschobenen Versammlung nicht sein, da nur Beschlüsse, die einen schwerwiegenden inhaltlichen oder formellen Mangel aufweisen, nichtig sind. Im Zweifelsfall ist von blosser Anfechtbarkeit auszugehen.³⁵ Ein solch krasser Mangel kann bei einer (ansonsten) korrekt einberufenen Versammlung, die aus guten Gründen zu einem späteren Zeitpunkt stattfindet, nicht erblickt werden.³⁶ In der Praxis dürfte es wohl hin und wieder zum Ausfall bzw. zur Verschiebung der Versammlung gekommen sein, was aus pragmatischen Gründen nachvollziehbar erscheint. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass wohl zahlreiche Vereine Amtsperioden für Vorstandsmitglieder festgelegt haben³⁷ und sich ohne gültige (Erneuerungs-)Wahl Probleme bei der Vertretung des Vereins durch die Vorstandsmitglieder stellen könnten.³⁸

IV. Schriftliche Vereinsversammlung

C. Einberufung

1. Grundsatz

Vereinsbeschlüsse können schriftlich gefasst werden. Vom ZGB wird diese Möglichkeit 8 in Art. 66 Abs. 2 vorgesehen. Hierfür wird jedoch Einstimmigkeit verlangt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob es sich um einen wichtigen oder weniger wichtigen Beschluss; um einen solchen mit Exekutiv- oder mit Legislativcharakter handelt. Auch nur eine einzige

32 Vgl. nur für Sportvereine LAMPRECHT/BÜRGI/GEBERT/STAMM, 4, 16 ff.

33 BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 64 ZGB N 27.

34 Vgl. zur verzögerten Rechtsausübung BSK-HONSELL, Art. 2 ZGB N 49.

35 BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 75 ZGB N 34; BK-RIEMER, Art. 75 ZGB N 89.

36 Ähnlich SCHERRER, CaS 2020, 86, 88, der bei statutarischen Einberufungsvorschriften von reinen Ordnungs- und nicht von Gültigkeitsvorschriften ausgeht.

37 Vgl. die Musterstatuten (Anhang II) in SCHERRER, Verein gründen und leiten, 176 sowie vitamin B, Fachstelle für Vereine, Musterstatuten für Vereine, 6.

38 Vgl. für die fehlende Vertretungsmacht von abgewählten Vorstandsmitgliedern BK-RIEMER, Art. 69 ZGB N 75; zum Verlust der Vertretungsmacht des Verwaltungsrats der Aktiengesellschaft mit Ablauf der Amtsperiode s. VISCHER/GALLI/SCHLEGEL, AJP 2019, 743, 747 (Besprechung von BGer 4A_279/2018 v. 02.11.2018).

Nein-Stimme, Enthaltung oder ungültige Stimme verhindert die Willensbildung. Daher wird diese Form des Vereinsbeschlusses in der Praxis wohl nur bei kleinen Vereinen möglich sein.³⁹ Darüber hinaus ist es Vereinen jedoch unbenommen, in ihren Statuten⁴⁰ oder im Hinblick auf einen konkreten Vereinsbeschluss durch seinerseits einstimmig gefassten Vereinsbeschluss⁴¹ die Möglichkeit einer Urabstimmung, d.h. einer schriftlichen Mehrheitsentscheidung, vorzusehen.⁴² Auch eine Kombination von Präsenzversammlung und schriftlichem Mehrheitsbeschluss ist bei entsprechender statutarischer Grundlage möglich.⁴³ Im Gegensatz dazu kann in den Statuten eine schriftliche Willensbildung nach Art. 66 Abs. 2 ZGB auch ausgeschlossen werden.⁴⁴

2. Während der Covid-19-Pandemie

- 9 Aufgrund von Art. 27 Abs. 1 lit. a der Covid-19-Verordnung 3 können Gesellschaften den Teilnehmerinnen und Teilnehmern ihrer Gesellschaftsversammlung die Ausübung ihrer Rechte u.a. auf ausschliesslich schriftlichem Weg ermöglichen. Der Veranstalter hat die Anordnung über die schriftliche Durchführung den Mitgliedern spätestens vier Tage vor der Veranstaltung schriftlich mitzuteilen oder elektronisch zu veröffentlichen (Art. 27 Abs. 2 Covid-19-VO 3). Unter dem Veranstalter ist das einberufende Organ zu verstehen.⁴⁵ Dies ist im Verein gem. dispositivem Gesetzesrecht der Vorstand (Art. 64 Abs. 2 ZGB).⁴⁶ Nicht zu verwechseln ist die genannte Viertagefrist mit der Frist, welche zur gehörigen Ankündigung der Traktanden auch bei schriftlichen Urabstimmungen einzuhalten ist (vgl. Art. 67 Abs. 3 ZGB).⁴⁷ Diese dispositive Bestimmung⁴⁸ verlangt u.a. die Ankündigung während einer Frist, die es jedem Mitglied ermöglicht, die erforderlichen Vorbereitungs-handlungen vorzunehmen.⁴⁹ Unter Vorbereitungs-handlungen wer-

39 BGE 132 III 503, E. 4.1.

40 BK-RIEMER, Art. 66 ZGB N 44; BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 66 ZGB N 4; BGE 132 III 503, E. 4.2.

41 Gl.A. BK-RIEMER, Art. 66 ZGB N 47; offengelassen in und m.w.H. BGE 132 III 503, E. 4.1.

42 Zum Ganzen vgl. BGE 132 III 503, E. 4.1.

43 BK-RIEMER, Art. 66 ZGB N 48.

44 BK-RIEMER, Art. 66 ZGB N 29 m.w.H.; eine solche Statutenbestimmung dürfte wohl kaum unter der Annahme beschlossen worden sein, dass dies auch gelten solle, wenn die Präsenzversammlung rechtlich unzulässig ist, weshalb sie in Pandemiezeiten die auf dem Verordnungsweg vorgesehene schriftliche oder elektronische Versammlung wohl nicht auszuschliessen vermag.

45 Vgl. zur Auslegung des Begriffs «Veranstalter» BINDER/HOFSTETTER/BILAND/BOLLMANN, Jusletter vom 6. April 2020, Rz. 18 (zu Art. 6a Covid-19-VO 2, welche unverändert in Art. 27 Covid-19-VO 3 überführt wurde); vgl. für Generalversammlungen von Aktiengesellschaften DIEM/EHR SAM, N 4: Als Veranstalter gilt hiernach der Verwaltungsrat, welcher gem. Art. 699 Abs. 1 OR grundsätzlich für die Einberufung der Generalversammlung zuständig ist. Für Stockwerkeigentümergebäudeversammlungen vgl. WERMELINGER, Not@lex 2021, 49, 57, der von «l'administration, comme organisateur de l'assemblée» spricht (vgl. hierzu auch Art. 712n Abs. 1 ZGB).

46 BGer 5A_205/2013 v. 16.08.2013, E. 3; BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 64 ZGB N 20.

47 Für Aktiengesellschaften: DIEM/EHR SAM, N 4; BK-RIEMER, Art. 66 ZGB N 26 *e contrario*.

48 BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 74.

49 BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 77; BGE 114 II 193, E. 5b = Pra 1989, Nr. 33.

den etwa das Studium von Unterlagen, die weitere Informationsbeschaffung sowie informelle Vorbesprechungen mit anderen Mitgliedern verstanden.⁵⁰ Diese Frist ist individuell nach Art des Vereins und des Traktandums festzulegen.⁵¹ In der Regel werden jedoch mindestens zehn Tage zu verlangen sein.⁵² Da bei einer schriftlichen Durchführung keine Möglichkeit besteht, direkt an der Versammlung das Wort zu ergreifen und Gegenanträge zu stellen, müssen die dem Stimmrecht inhärenten Nebenrechte (bspw. Diskussionsrecht und Recht auf Antragstellung) bereits im Vorfeld ausgeübt werden.⁵³ Ob zehn Tage bei einer schriftlichen Durchführung somit als ausreichend zu betrachten sind, scheint u.E. zumindest fraglich. Die Relevanz dieser Frage dürfte jedoch mit Blick auf die positivrechtlich vorgesehene Frist von vier Tagen, innert der die Schriftlichkeit der Versammlung angeordnet werden kann, gering sein. Es ist somit aber festzuhalten, dass das Stimmrecht in dieser Hinsicht durch eine schriftliche Versammlung eingeschränkt wird.⁵⁴

D. Formalien

Grundsätzlich müssen Vereinsbeschlüsse, die nach Art. 66 Abs. 2 ZGB schriftlich gefasst werden, von Gesetzes wegen nicht den Anforderungen der Schriftlichkeit nach Art. 13–15 OR entsprechen. Vielmehr sind in Bezug auf die einzuhaltenden Formalien die Statuten oder Vereinsübung zu beachten. Es steht einem Verein aber selbstverständlich frei, in seinen Statuten für schriftliche Beschlüsse die Formvorschriften des OR vorzusehen.⁵⁵

Während der Covid-19-Pandemie ging aus der Formulierung in Art. 27 Abs. 1 lit. a Covid-19-VO 3, «*auf schriftlichem Weg*», nicht klar hervor, ob Schriftlichkeit i.S.d. Art. 13–15 OR zu verlangen ist.⁵⁶ Das Bundesamt für Justiz äussert sich in seinen FAQ⁵⁷ zur entsprechenden Covid-19-VO dahingehend, dass gestützt auf die genannte Bestimmung keine Stimmabgabe per E-Mail möglich sei. Eine qualifizierte elektronische Signatur sei aber der Schriftlichkeit gleichgestellt.⁵⁸ Der Begriff der qualifizierten elektronischen Signatur findet sich im Obligationenrecht unter den Formerfordernissen der Schriftlichkeit (Art. 14 Abs. 2^{bis} OR), und zwar als Alternative zur eigenhändigen Unterschrift, wenn durch Gesetz Schriftlichkeit für eine Verpflichtung vorgesehen wird. Auch

50 BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 73 m.w.H.

51 BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 67 ZGB N 21.

52 BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 77 m.w.H.

53 Vgl. BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 27; BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 66 ZGB N 16; HEINI/PORTMANN, Rz. 424.

54 A.A. wohl ERNST, recht 2020, 168 der bei einer schriftlichen Beschlussfassung von einer Beschlussfassung ohne Beratung ausgeht.

55 BK-RIEMER, Art. 66 ZGB N 28.

56 ERNST, recht 2020, 168, 169, Fn. 10.

57 Denen gem. BINDER/HOFSTETTER/BILAND/BOLLMANN, Jusletter vom 6. April 2020, Rz. 26 kein allzu grosses Gewicht zugemessen werden dürfe. Für KUNZ, SZW 2020, 297, 302 haben diese FAQ keine rechtlichen Wirkungen.

58 Bundesamt für Justiz, Nr. 12.

wenn also sowohl Covid-19-VO 3 als auch das Bundesamt für Justiz nicht direkt auf die Formerfordernisse der Schriftlichkeit nach Art. 13–15 OR verweisen, ist die Bestimmung u.E. nicht anders zu lesen. Zumindest aufgrund des «*Gebots des sichersten Weges*» sollten also bei schriftlichen Mehrheitsabstimmungen gestützt auf Art. 27 Abs. 1 lit. a Covid-19-VO 3 die Formvorschriften der einfachen Schriftlichkeit eingehalten werden.⁵⁹ Ist aber aufgrund der Statuten oder der Übung eines Vereins keine einfache Schriftlichkeit bei schriftlichen Abstimmungen zu berücksichtigen, kann während der Covid-19-Pandemie ein solches nicht aufgrund von Art. 27 Abs. 1 lit. a Covid-19-VO 3 entstehen. Dem würde bereits die oben beschriebene Normhierarchie zuwiderlaufen und auch eine teleologische Auslegung der Bestimmung legt nahe, dass alternative Versammlungsformen begünstigt und nicht erschwert werden sollen.⁶⁰

E. Mehrheitsbasis, Anwesenheitsquorum und erforderliches Mehr

1. Mehrheitsbasis

- 12 Die Mehrheitsbasis fragt nach dem «*wovon*».⁶¹ Es ist zahlenmässig zu bestimmen, von wie vielen Mitgliedern ein Mehr erreicht werden muss.⁶² Der Wortlaut scheint in Bezug auf Präsenzversammlungen klar zu sein: «*Vereinsbeschlüsse werden mit Mehrheit der Stimmen der anwesenden Mitglieder gefasst*» (Art. 67 Abs. 2 ZGB). U.E. sind dazu *alle* abgegebenen Stimmen zu zählen, in der Lehre werden in Bezug auf ungültige Stimmen und Enthaltungen jedoch unterschiedliche Positionen vertreten.⁶³ Eine solche Mehrheitsbasis (Ja/Nein-Stimmen plus Enthaltungen und ungültige Stimmen) macht u.E. insofern Sinn, als bei einer Präsenzveranstaltung das Vereinsmitglied bereits mit seiner Anwesenheit grundsätzlich manifestiert, Teil der Willensbildung sein zu wollen. Dies gilt auch für jene Vereinsmitglieder, welche sich trotz Anwesenheit weder für noch gegen einen Antrag aussprechen mögen, sich der Stimme explizit enthalten. Nicht Teil einer Willensbildungsbasis können hingegen jene sein, denen bereits aus allgemeinen Gründen kein Stimmrecht zukommt und deshalb ihr Stimmrecht von vorneherein gar nicht gültig abgeben könnten (bspw. gestützt auf Art. 68 ZGB). Hingegen sollten fehlerhaft abgegebene und damit nicht gültige Stimmen (die an einer Präsenzveranstaltung schwerlich denkbar sind, bspw. jemand, der sowohl beim Ja als auch beim Nein stimmt) zur Mehrheitsbasis gezählt werden, denn es soll jemand, der sein bestehendes und gültiges Stimmrecht ungültig ausübt, nicht weniger relevant sein, als jemand, der sich ausdrück-

59 ERNST, recht 2020, 168, 169, Fn. 10; s.a. DIEM/EHRMANN, N 7; a.A. KUNZ, SZW 2020, 297, 304.

60 Vgl. BINDER/HOFSTETTER/BILAND/BOLLMANN, Jusletter vom 6. April 2020, Rz. 29.

61 ERNST, recht 2020, 168, 170.

62 HEINI/PORTMANN, Rz. 430.

63 Wie hier BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 67 ZGB N 9; HEINI/PORTMANN, Rz. 431 sowie CHK-NIGGLI, Art. 67 ZGB N 5 (die zwei Letzteren verstehen unter Anwesenden jedoch auch nicht Mitstimmende); a.A. BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 57, der sowohl ungültige Stimmen als auch Enthaltungen ausnimmt; PEDRAZZINI/OBERHOLZER, 249 äussern sich nicht zu ungültigen Stimmen, zählen aber Enthaltungen hinzu.

lich enthält. Anders gewendet soll nur, aber immerhin, jener bei der Mehrheitsbasis unberücksichtigt bleiben, dessen «*Stimme*» ungültig ist, nicht aber jene, bei welcher die Stimmausübung fehlerhaft erfolgt. Bei Präsenzversammlungen können sich gemessen an diesen Kriterien dann Probleme ergeben, wenn bspw. die Stimmen der zahlreichen anwesenden Vereinsmitglieder elektronisch erfasst werden und Anwesende weder Ja noch Nein stimmen und auch nicht elektronisch eine Enthaltung übermitteln. Diesfalls sollen u.E. (eine gegenteilige Vereinsusanz ausgenommen) die sich gar nicht beteiligenden (und eben auch nicht explizit der Stimme enthaltenden) Anwesenden nicht zur Mehrheitsbasis gezählt werden, denn ihre Anwesenheit erschöpft sich in der Rolle von desinteressierten Beobachterinnen.⁶⁴ Mit anderen Worten soll dem Anwesenden durch die Nichtstimmabgabe die Option⁶⁵ ermöglicht werden, sich neutral zu verhalten, was weder bei einer Ja/Nein-Stimme noch bei einer expliziten Enthaltung möglich wäre.⁶⁶

Die vorgenannten Nuancierungen akzentuieren sich gegebenenfalls bei schriftlichen Beschlüssen in Zeiten der Pandemie. Vorab wirkt sich erschwerend aus, dass für die (wohl nur während der Pandemie zulässige) schriftliche Beschlussfassung keine Vereinsübung existiert. Zudem können sich die Vereinsmitglieder nicht an der Versammlung über die Abstimmungsmodalitäten verständigen.⁶⁷ Es wäre somit zuerst einmal fraglich, ob die Gesamtheit der Mitglieder, an welche die Stimmunterlagen versandt wurden⁶⁸, als «*anwesend*» gelten könnte. Dies ist insbesondere aus zwei Gründen abzulehnen: Erstens entspricht es kaum der Übung bei Präsenzversammlungen; auch da muss ein Mitglied zumindest durch seine Anwesenheit an der Versammlung signalisieren, dass es sich für die Teilnahme interessiert.⁶⁹ Zweitens wäre es so gerade bei grösseren Vereinen sehr schwierig, ein absolutes oder qualifiziertes Mehr zu erreichen.

Zudem ist wiederum zu fragen, ob nur (aber immerhin alle) die Mitglieder hinzuzuzählen sind, welche die Stimmunterlagen zurückgesandt haben, oder ob hiervon die ungültigen Stimmen abzuziehen sind. Ungültig sollen beispielsweise Stimmzettel sein,

64 Hier greift das Argument von BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 57, wonach der potentiellen Stimme eines vollkommen gleichgültigen Mitglieds nicht ein relevantes Gewicht zukommen soll, das RIEMER aber generell für sich enthaltende Mitglieder in Anspruch nimmt.

65 Eine andere Variante wäre höchstens, dass das betreffende Mitglied für dieses Geschäft das Versammlungslokal verlässt und damit nicht mehr als anwesend gilt.

66 Dies wäre eine «vermittelnde» Lösung zum Argument von BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 57, wonach es widersprüchlich sei, gerade jene Mitglieder mitzubewerten, denen das Geschäft gleichgültig ist (was wohl nicht zutrifft, wenn das Mitglied weiss, dass sich die Enthaltung wie eine Nein-Stimme auswirkt, was grundsätzlich anzunehmen ist).

67 So im Ergebnis wohl auch ERNST, recht 2020, 168, 170.

68 Die Stimmunterlagen sollten (nur) den stimmberechtigten Mitgliedern zugestellt werden, ERNST, recht 2020, 168, 170; vgl. in Bezug auf AG KUNZ, SZW 2020, 297, 303: unter «Teilnehmerinnen und Teilnehmer» i.S. v. Art. 27 Abs. 1 lit. a Covid-19-VO 3 sollten nur stimmberechtigte Aktionäre verstanden werden.

69 ERNST, recht 2020, 168, 170; vgl. BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 56 f., der bei Präsenzversammlungen Mitglieder auch dann nicht als «anwesend» zählen will, wenn sie zwar im Lokal präsent sind, sich aber nicht für die Abstimmung interessieren.

die mit einer Beleidigung versehen sind⁷⁰ oder bei Wahlen die Namen von mehr Personen enthalten, als zur Besetzung des Gremiums statutarisch möglich sind⁷¹. Dort, wo die Ungültigkeit dadurch begründet ist, dass zu viele oder nicht wählbare Namen genannt werden, wäre die Stimme als Teil der Mehrheitsbasis zu berücksichtigen, da sich das betreffende Mitglied äussern wollte, dies aber fehlerhaft tat. Ungültigkeit als Folge einer Beleidigung ist differenziert zu betrachten. Soll mit der Ungültigkeit der Stimme die Beleidigung sanktioniert werden, so darf sie auch nicht zur Mehrheitsbasis gerechnet werden, denn die Beleidigung soll nicht dergestalt honoriert werden, dass ihr wie eine Enthaltung Sperrwirkung zukommt.⁷² Was verspätete Rücksendungen betrifft, so sind diese nicht im klassischen Sinn ungültig, sondern derartige Stimmen können bereits aus formalen Gründen nicht berücksichtigt werden, die Frage der Ungültigkeit stellt sich schon gar nicht.⁷³

- 15 Somit stellt sich zuletzt die Frage nach der Berücksichtigung von leeren Stimmzetteln und Enthaltungen. Um ein genügend differenziertes Meinungsbild zwischen jenen, die sich bei dem konkreten Geschäft enthalten wollen, und jenen, die faktisch eine konkludente Desinteresseerklärung abgeben, indem sie bei dem spezifischen Geschäft sich gar nicht äussern (und eben auch nicht enthalten), sollte jeweils für jedes Geschäft eine separate Rückmeldung ermöglicht werden.⁷⁴ Es wäre schwer verständlich, weswegen eine Person, die am Abstimmungsprozess teilnimmt, nicht als «*anwesend*» gelten soll.⁷⁵ Würden Enthaltungen nicht zur Mehrheitsbasis gerechnet, würde den Mitgliedern die Möglichkeit sich zu enthalten *de facto* genommen, während dies bei Präsenzveranstaltungen wohl gängige Praxis ist.⁷⁶ Bei sog. «*leeren Stimmzetteln*» erweist sich wiederum als entscheidend, ob das Verhalten des betreffenden Mitglieds als konkludente Enthaltung (was zur Berücksichtigung bei der Mehrheitsbasis führt) oder als Zeichen des Desinteresses interpretiert (und damit als gänzlich irrelevant betrachtet) werden muss. Dies wiederum unterstreicht, dass mit entsprechenden Rubriken den Stimmenden ermöglicht werden soll, sich möglichst präzise äussern zu können. Wird ein Stimmzettel leer retourniert oder die betreffenden Kästchen nicht markiert, obwohl in beiden Fällen eine Stimmenthaltungserklärung möglich gewesen wäre, so müssen diese leeren Stimmzettel bzw. das Leerlassen der «*Rubriken/Felder/Kästchen*» für die Mehrheitsbasis unberücksichtigt blei-

70 ERNST, recht 2020, 168, 170.

71 SCHERRER, Verein gründen und leiten, 69.

72 Die dahinterstehende Frage, weshalb Beleidigungen zur Ungültigkeit führen sollen, kann hier nicht vertieft werden. Zu konzedieren ist, dass die hier propagierte Irrelevanz der Stimme impliziert, die Beleidigung rechtfertigt den pönalen Effekt, vollständig von der Willensbildung ausgeschlossen zu werden.

73 ERNST, recht 2020, 168, 170, der dies allerdings als Argument für die Gleichbehandlung von «*unsinnigen*» Meinungsäusserungen anführt.

74 Ideal wäre, für jedes Abstimmungsgeschäft Rubriken für «Ja», «Nein» und «Enthaltung» vorzusehen, ERNST, recht 2020, 168, 170 f. Wohl zu pauschal und damit undifferenziert wäre bspw., all jene Personen, die den Stimmrechtsausweis retourniert haben, für alle Geschäfte der Mehrheitsbasis zuzurechnen.

75 Vgl. BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 67 ZGB N 9; KUKO-JAKOB, Art. 67 ZGB, N 3.

76 Vgl. ERNST, recht 2020, 168, 170.

ben; analog einer Person, die sich zwar im Versammlungslokal befindet, aber keine Stimme abgibt. Die Mehrheitsbasis sollte daher u.E. der Anzahl Rücksendungen inklusive (expliziter oder konkludenter) Enthaltungen entsprechen.⁷⁷ Besteht jedoch eine statutarische Bestimmung oder eine gefestigte Vereinsübung, die eine andere Berechnungsweise nahelegt, sollte aufgrund der dispositiven Natur von Art. 67 Abs. 2 ZGB auf diese abgestellt werden.⁷⁸

2. *Anwesenheitsquorum*

Von Gesetzes wegen besteht kein Anwesenheitsquorum, d.h., die Vereinsversammlung ist immer beschlussfähig. Da der einschlägige Art. 67 Abs. 2 ZGB dispositiver Natur⁷⁹ ist, können die Statuten abweichend hiervon bestimmen, dass eine bestimmte Anzahl der Mitglieder anwesend sein muss, damit ein Beschluss gültig gefasst werden kann (bspw. für Statutenänderungen mindestens die Hälfte).⁸⁰

3. *Erforderliches Mehr*

Art. 67 Abs. 2 ZGB verlangt das Erreichen eines absoluten Mehrs der Stimmen.⁸¹ Die Ja-Stimmen müssen dementsprechend zahlreicher sein als die Nein-Stimmen, die Enthaltungen und die fehlerhaft abgegebenen Stimmen zusammen. Stimmgleichheit oder lediglich das Erreichen eines einfachen (Überwiegen der Ja- über die Nein-Stimmen) oder relativen Mehrs (bei mehreren Anträgen diejenige Option mit den meisten Ja-Stimmen) genügen ohne entsprechende statutarische Regelung oder Usanz nicht für das Zustandekommen eines Vereinsbeschlusses.⁸² Hingegen verlangt das Gesetz auch kein qualifiziertes Mehr (bspw. Zweidrittelmehrheit) für bestimmte Geschäfte.⁸³ Auch hier sind die Vereine frei, in ihren Statuten ein qualifiziertes Mehr für ein bestimmtes Geschäft oder generell festzulegen.⁸⁴ Für die schriftliche Mehrheitsfindung ergeben sich hiervon keine Abweichungen.⁸⁵

77 GLA. ERNST, recht 2020, 168, 170 f. (vgl. auch zum Ganzen); allg. bzgl. Art. 67 Abs. 2 ZGB BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 56.

78 Vgl. BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 72; BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 67 ZGB N 11; ERNST, recht 2020, 168, 170; KUKO-JAKOB, Art. 67 ZGB N 3; allg. zum dispositiven Charakter des Vereinsrechts PEDRAZZINI/OBERHOLZER, 225.

79 BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 60 m.w.H., u.a. BGE 88 II 209 E. II.2b.

80 HEINI/PORTMANN, Rz. 429.

81 Statt vieler: BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 67 ZGB N 8; unklar ERNST, recht 2020, 168, 171, der von «einfachem» Mehr spricht.

82 BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 67 ZGB N 10 ff. In vielen Vereinen dürfte indes das sog. «einfache Mehr» usanzgemäss ausreichen (PEDRAZZINI/OBERHOLZER, 249).

83 Vgl. BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 49.

84 BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 62.

85 Vgl. ERNST, recht 2020, 168, 171.

V. Elektronische Vereinsversammlung

- 18 Ohne die notrechtlichen Anordnungen betreffend die alternative Durchführung von Gesellschaftsversammlungen bedarf die Beschlussfassung an einer virtuellen Versammlung einer statutarischen Grundlage.⁸⁶ Art. 27 Abs. 1 lit. a Covid-19-VO 3 gibt Vereinen die Möglichkeit, auch ohne eine solche statutarische Grundlage auf elektronischem Weg Vereinsbeschlüsse zu fällen.⁸⁷ Eine elektronische Vereinsversammlung erfordert die *gleichzeitige* Versammlung der Teilnehmerinnen und Teilnehmer an einer Telefon- oder Videokonferenz. Alle Teilnehmenden müssen in der Lage sein, sich zu äussern, die Voten anderer zu hören und die Rechte, insbesondere das Stimmrecht, auszuüben.⁸⁸ In der Regel dürfte eine solche Versammlung mittels Videokonferenz und Abstimmung per Handheben oder dem Konferenzprogramm inhärentem Abstimmungstool durchgeführt werden und somit einer Präsenzversammlung sehr ähnlich sein. Aufgrund der geforderten Gleichzeitigkeit ist eine reine Stimmabgabe per E-Mail nicht denkbar, u.E. müsste es aber möglich sein, sich bspw. an einer Skype-Konferenz zusammenzufinden und derweil per E-Mail an die Versammlungsleitung abzustimmen.⁸⁹ Da die Bildübertragung nicht vorgeschrieben wird, solange die Identifikation problemlos möglich ist, sind sowohl Telefon- als auch Videokonferenzen möglich.⁹⁰ Welche Anforderungen an die Identifikation zu stellen sind, wird vom Bundesamt für Justiz nicht näher umschrieben.⁹¹ Die Corona-Pandemie hat in vielerlei Hinsicht die Nutzung digitaler Technologien stark intensiviert⁹² und insbesondere auch einen Vorgeschmack auf künftige virtuelle Gesellschaftsversammlungen gegeben.⁹³ Es rechtfertigt sich daher, zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage die Botschaft zur Aktienrechtsrevision herbeizuziehen. Diese hält zur Identifizierung der Teilnehmerinnen und Teilnehmer von digitalen GV fest, dass «*der VR hinsichtlich der konkreten GV im technisch zumutbaren und vernünftigerweise zu erwartenden Rahmen*» handeln muss.⁹⁴ Daraus lässt sich u.E. für die coronabedingt elektronisch stattfindende Vereinsversammlung ableiten, dass wohl eine reine Telefonkonferenz ohne jegliche Identifikationsmassnahmen nur bei sehr kleinen Vereinen, bei denen die Versammlungsleitung anhand der Stimmen⁹⁵ eindeutig feststellen kann, ob nur stimmberechtigte Personen teilnehmen, zulässig sind. Bei mittleren und grösseren Vereinen sowie angesichts der relativ einfachen Durchführung einer Videokonferenz scheint

86 SCHERRER, CaS 2020, 228, 232; BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 66 ZGB N 1; SHK-RIEMER, Art. 64 ZGB N 6 und Art. 66 ZGB N 4.

87 Zur Anwendbarkeit der Bestimmung auf Vereine s. die Ausführungen zur Normenhierarchie; zur Einberufung vgl. die Ausführungen zur schriftlichen Vereinsversammlung.

88 Bundesamt für Justiz, Nr. 11.

89 Ähnlich DIEM/EHRMANN, N 7.

90 Bundesamt für Justiz, Nr. 11.

91 Vgl. Bundesamt für Justiz, Nr. 11.

92 GASSER, 49, 50 f.

93 EGGIMANN/HÄCKI/ZYSSET, REPRAX 2020, 295, 296.

94 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017, 399, 560.

95 I.S.d. charakteristischen Klangfarbe.

es u.E. für viele Vereine zumutbar, zusätzliche Massnahmen zur sicheren Identifikation vorzusehen. Haben nicht stimmberechtigte Personen an Diskussion oder Abstimmung teilgenommen, sind die Beschlüsse unter Umständen anfechtbar.⁹⁶

VI. Unabhängige Stimmrechtsvertretung

In der Vereinsversammlung übt in der Regel jedes Mitglied sein Stimmrecht selbst aus.⁹⁷ Einschränkungen können sich u.U. für Minderjährige ergeben.⁹⁸ Als personenbezogene Gesellschaft⁹⁹ ist dem Verein die gewillkürte Stellvertretung (in der Vereinsversammlung) jedoch grundsätzlich fremd und wird von der h.L. abgelehnt.¹⁰⁰ Da bei anonymen Grossvereinen die Personenbezogenheit in den Hintergrund tritt, könnte in diesen Fällen eine andere Ansicht vertreten werden.¹⁰¹ Demgegenüber kann aufgrund einer Statutenbestimmung oder der Vereinsübung die gewillkürte Stellvertretung zugelassen werden.¹⁰²

In Abs. 1 lit. b sieht Art. 27 Covid-19-VO 3 vor, das einberufende Organ einer Gesellschaftsversammlung könne den Teilnehmerinnen und Teilnehmern die Ausübung deren Rechte mittels unabhängiger Stimmrechtsvertretung ermöglichen.¹⁰³ Auch wenn – wie bereits dargelegt – die genannte Bestimmung grundsätzlich auch für Vereine gilt¹⁰⁴, zeigt sich das Bundesamt für Justiz in seinen FAQ kritisch, ob auch eine unabhängige Stimmrechtsvertretung in Frage kommt: *«Da bei Vereinen das Vertretungsrecht an der Versammlung von Gesetzes wegen und statutarisch eingeschränkt ist, wird für die Vereine vor allem die Regelung gemäss Art. 6b Abs. 1 lit. a COVID-19-Verordnung 2 (Wahrnehmung der Rechte schriftlich oder in elektronischer Form) von Bedeutung sein.»*¹⁰⁵ Diese (zögerliche) Auslegung wirft einerseits die Frage auf, ob es nicht gerade Inbegriff des Notrechts ist, das *«gewöhnliche»* Gesetzesrecht zu verdrängen.¹⁰⁶ Diese Frage ist mit Blick auf die oben dargestellte Normenhierarchie eher zu bejahen. Andererseits wäre zu fragen, ob ein statutarischer Ausschluss der gewillkürten Stellvertretung den Ausschluss der institutionellen Stellvertretung ebenfalls beinhaltet. Klären liesse sich Letzteres nur mit Blick auf die im Einzelfall relevante Statutenbestimmung und deren Auslegung.

96 BK-RIEMER, Art. 75 ZGB N 27; zum Ganzen ähnlich bereits SHK-RIEMER, Art. 64 ZGB N 6.

97 BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 67 ZGB N 6.

98 FANKHAUSER/FISCHER, 175, 185 f.; BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 36.

99 HEINI/PORTMANN, Rz. 14 f.

100 HEINI/PORTMANN, Rz. 238; BSK-SCHERRER/BRÄGGER, Art. 67 ZGB N 6; BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 35 m.w.H.; FANKHAUSER/FISCHER, 175, 186.

101 BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 35.

102 HEINI/PORTMANN, Rz. 238; BK-RIEMER, Art. 67 ZGB N 35.

103 Zur Auslegung des in Art. 27 Covid-19-VO 3 verwendeten, untechnischen Begriffs «Veranstalter» vgl. oben die Ausführungen zur Einberufung der schriftlichen Vereinsversammlung.

104 S. oben die Ausführungen zur Normenhierarchie.

105 Bundesamt für Justiz, Nr. 22, vgl. auch Nr. 24. Anm.: Die genannte Bestimmung wurde unverändert in Art. 27 Abs. 1 lit. a Covid-19-VO 3 überführt.

106 Vgl. die Ausführungen zur Normenhierarchie oben.

- 21 Es ist dahingehend zu tendieren, allein aufgrund der vom Bundesamt für Justiz vorgebrachten Argumente noch nicht auf eine Unzulässigkeit der unabhängigen Stimmrechtsvertretung in der Vereinsversammlung während der Pandemie zu schliessen. In der Praxis aber dürfte die Anwendung dieses Instituts im Verein gewisse Probleme verursachen. So etwa in Bezug auf die Wahl der Vertretung: Die unabhängige Stimmrechtsvertretung muss in der Aktiengesellschaft von der Generalversammlung für das folgende Jahr gewählt werden (Art. 8 Abs. 1, 4 i.V.m. 2 Ziff. 3 VegüV).¹⁰⁷ Da dem Verein dieses Institut fremd ist, wird die Versammlung diese Wahl vor der Pandemie nicht vorgenommen haben.¹⁰⁸ Zudem würde die Ausübung des Stimmrechts der Vereinsmitglieder über eine unabhängige Stimmrechtsvertretung den stark personenbezogenen Charakter des Vereins unterminieren. Aufgrund dieser Überlegungen ist daher von einer Anwendung des Instituts im Verein abzusehen, zumal mit der schriftlichen oder elektronischen Vereinsversammlung taugliche Alternativen zur Verfügung stehen, die deutlich weniger Bedenken wecken.

VII. Fazit und Ausblick

- 22 Die skizzenhaften Ausführungen mögen aufgezeigt haben, dass die bundesrätliche COVID 19-Verordnung die Durchführung von Vereinsversammlungen auch in Pandemiezeiten ermöglicht, sich aber bereits bisher ungelöste Probleme bei der Beschlussfassung noch weiter akzentuieren können. Wie in anderen Bereichen auch, legt die Pandemie einerseits damit latent bestehende Problemlagen frei und fördert einen intensiveren Blick auf diese. Andererseits werden in Krisenzeiten schnell und pragmatisch Alternativen gegenüber Hergekommenem als gangbare Wege akzeptiert, die sonst meist erst nach langwierigen Diskursen angenommen werden. In diesem Sinne war und ist die Pandemie für Vereine (und insbesondere ihre gesellige Funktion) nicht nur furcht-, sondern vereinsrechtlich auch fruchtbar.
- 23 Vereinen, die in alternativen Möglichkeiten der Beschlussfassung auch für die Zukunft Vorteile sehen (oder sich für kommende Krisen besser wappnen wollen), sei an dieser Stelle empfohlen, die oben angesprochenen Problembereiche in ihren Vereinsstatuten und -reglementen in einer für ihre Zwecke bestmöglichen Weise zu regeln. Mit seiner grösstenteils dispositiven Natur ist das Vereinsrecht prädestiniert, flexibel anpassbare Lösungen zu ermöglichen. Diesen Spielraum zu nutzen lohnt sich.

107 VON DER CRONE, Rz. 1112.

108 Ein solcher Organisationsmangel müsste analog Art. 8 Abs. 6 VegüV vom Vorstand behoben werden.

Literatur

- Amstutz, Marc et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-BEARBEITERIN).
- BINDER, ANDREAS/HOFSTETTER, DAVID/BILAND, JANINA/BOLLMANN, CLAUDIA, Der Anwendungsbereich von Art. 6a COVID-19-Verordnung 2, Jusletter vom 6. April 2020.
- Büchler, Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO-BEARBEITERIN).
- Bundesamt für Justiz, FAQ Coronavirus und Generalversammlungen, Stand am 31. Mai 2021, Bern 2021.
- DIEM, HANS-JAKOB/EHRSAM, SIMONE, § 11 Gesellschaftsrecht, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 363–382.
- EGGMANN, STEPHANIE/HÄCKI, KATHRIN/ZYSSET, PASCAL, Schriftliche Beschlüsse der Generalversammlung – überfällige Gesetzesrevision oder toter Buchstabe?, REPRAX 2020, S. 295–321.
- ERNST, WOLFGANG, Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, recht 2020, S. 168–172.
- ERS., Kleine Abstimmungs-fibel, Leitfaden für die Versammlung, Zürich 2011 (zit. ERNST, Abstimmungs-fibel).
- FANKHAUSER, ROLAND/FISCHER, NADJA, Das minderjährige Vereinsmitglied, in: Jung, Peter/Krauskopf, Frédéric/Cramer, Conradin (Hrsg.), Theorie und Praxis des Unternehmensrechts, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Basel 2020, S. 175–188.
- GASSER, URS, «Digitale Pandemie» und Recht: Annäherung an ein globales Phänomen, in: Drolshammer, Jens/Gasser, Urs (Hrsg.), Pandemie als Verbundkrise und digitales Phänomen, Basel 2020, S. 49–62.
- Geiser, Thomas/Fountoulakis, Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK-BEARBEITERIN).
- HEINI, ANTON/PORTMANN, WOLFGANG, Das Schweizerische Vereinsrecht, 3. Aufl., Basel 2005.
- KUNZ, PETER V., Generalversammlungen von AG: «Landsgemeinden» oder «Chatrooms»? , SZW 2020, S. 297–306.
- LAMPRECHT, MARKUS/BÜRGI, RAHEL/GEBERT, ANGELA/STAMM, HANSPETER, Sportvereine in der Schweiz, Magglingen 2017.
- MÄRKLI, BENJAMIN, Notrecht in der Anwendungsprobe – Grundlegendes am Beispiel der COVID-19-Verordnungen, Sicherheit & Recht 2020, S. 59–67.
- PÄRLI, KURT/EGGMANN, JONAS, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, Jusletter vom 22. Februar 2021.
- PEDRAZZINI, MARIO M./OBERHOLZER, NIKLAUS, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., Bern 1993.
- RIEMER, HANS MICHAEL, Berner Kommentar, Die Vereine, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 60-79 ZGB, 3. Aufl., Bern 1990 (zit. BK-RIEMER).
- ERS., Stämpfli Handkommentar Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60-89^{bis} ZGB), Bern 2012 (zit. SHK-RIEMER).
- SCHERRER, URS, «lex corona» derogat «lex scripta», CaS 2020, S. 86–89.
- ERS., Ausserordentliche Lage – ausserordentliche Massnahmen, CaS 2020, S. 228–233.
- ERS., Wie gründe und leite ich einen Verein?, 13. Aufl., Zürich 2017 (zit. SCHERRER, Verein gründen und leiten).
- VISCHER, MARKUS/GALLI, DARIO/SCHLEGEL, LETIZIA, Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_279/2018 vom 2. November 2018, A. SA gegen B., Gesellschaftsrecht, AJP 2019, S. 743–748.
- WERMELINGER, AMÉDÉO, La PPE et le virus, Not@lex 2021, S. 49–62.
- VON DER CRONE, HANS CASPAR, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020.

Schicksal von Verträgen in Zeiten der Pandemie: zur Abgrenzung von Unmöglichkeit und *clausula rebus sic stantibus*

Corinne Widmer Lüchinger*

Inhaltsverzeichnis	Rz.
I. Einleitung	1
II. Erste Fälle aus der Praxis	4
III. Die Voraussetzungen der <i>clausula rebus sic stantibus</i>	6
A. Überblick	6
B. Tragweite in Zeiten von COVID 19	8
1. Vorhersehbarkeit	8
2. Äquivalenzstörung	12
IV. Abgrenzungen	15
A. Nachträgliche unverschuldete Leistungsunmöglichkeit	15
B. Grundlagenirrtum	23
V. Schlusswort	26

I. Einleitung

Aufgrund der Corona-Pandemie ist eine Rechtsfigur erneut ins Rampenlicht gerückt, die 1
letztmals zu Zeiten des ersten Weltkriegs im Fokus stand: die *clausula rebus sic stantibus*.
Die *clausula* ermöglicht es Gerichten unter bestimmten Voraussetzungen,¹ Verträge
anzupassen, wenn sich die Verhältnisse nach Vertragsschluss verändert haben. Vor allem
bei Dauerschuldverhältnissen, die vor der Pandemie abgeschlossen wurden, fragt sich,
ob die Vertragspartei, zu deren Nachteil sich die Pandemie auswirkt, sich auf die *clausula*
berufen kann, um das vertragliche «Pflichtenheft» anpassen zu lassen.

Die *clausula* ist indessen nicht die einzige Rechtsfigur, die infolge der Pandemie vermehrt 2
im Fokus steht. Um die Aufmerksamkeit der Privatrechtlerin buhlt auch die
unverschuldete Leistungsunmöglichkeit gemäss Art. 119 OR. So werden etwa in den
zahlreichen Beiträgen zur umstrittenen Frage, ob der gewerbliche Mieter eine Mietzins-
reduktion verlangen kann, wenn er seinen Betrieb wegen der COVID-Massnahmen
schliessen oder stark einschränken musste, nicht nur der mietrechtliche Mangelbegriff

* Professorin für Privatrecht, Internationales Privatrecht und Privatrechtsvergleichung an der Universität Basel.

1 Dazu unten III.

und die *clausula*, sondern auch die Leistungsunmöglichkeit gleichrangig nebeneinander erörtert.²

- 3 Das Verhältnis zwischen der *clausula* und der nachträglichen unverschuldeten Leistungsunmöglichkeit i.S. v. Art. 119 OR steht im Fokus dieses Beitrags.³ Relevant ist die Abgrenzung v.a. deshalb, weil sich die Rechtsfolgen unterscheiden. Haben die Vertragsparteien keine abweichende Vereinbarung getroffen, führt die Leistungsunmöglichkeit *ipso iure* zum Erlöschen der Leistungspflicht. Bei der *clausula* hingegen sind die Rechtsfolgen offen: Der Vertrag kann vom Gericht angepasst werden, um den veränderten Verhältnissen Rechnung zu tragen.⁴ Die *clausula* erlaubt deshalb eine differenziertere Risikoallokation. Neben der Abgrenzung von *clausula* und Art. 119 OR wird ausserdem die Abgrenzung von *clausula* und Grundlagenirrtum zur Sprache kommen.⁵

II. Erste Fälle aus der Praxis

- 4 Der vermutlich erste Entscheid zum Verhältnis von *clausula* und Unmöglichkeit im Kontext der Corona-Pandemie wurde bereits am 30. März 2020 gefällt, nur vierzehn Tage nach Ausrufung der ausserordentlichen Lage durch den Bundesrat. Der Fall betraf ein Mietobjekt in Luzern, in dem ein Restaurant betrieben wurde. Aufgrund der COVID-19-Verordnung 2 des Bundesrates vom 16. März 2020 musste das Restaurant geschlossen werden. Der Mieter führte zwar einen Take-Away-Service ein, erlitt jedoch einen massiven Umsatzverlust. Er verlangte deshalb für die Zeit bis zur Aufhebung der Massnahmen eine Mietzinsreduktion von 90%. Nach Ansicht des Schiedsgerichts, das von den Parteien eingesetzt worden war, lag ein mietrechtlicher Mangel vor. In vorliegendem Zusammenhang von grösserem Interesse ist die Feststellung des Schiedsgerichts, dass eine Mietzinsreduktion auch aufgrund der *clausula* bejaht werden müsste. Hingegen verneinte das Schiedsgericht die Anwendbarkeit von Art. 119 OR, da die Leistung des Vermieters nur vorübergehend unmöglich geworden war.⁶
- 5 Inzwischen hat auch das Mietgericht Zürich einen Entscheid zur kontroversen Frage der Mietzinsreduktion wegen der Corona-Massnahmen gefällt.⁷ Die Beklagte, Mieterin eines Geschäftslokals, hatte im April und Mai 2020 ihre Mietzinszahlungen unter Hinweis

2 Vgl. etwa die Beiträge von HÄFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter 14. April 2020; LACHAT/BRUTSCHIN, mp 2020, S. 99ff.; REICHLER/STEHLE, Jusletter 18. Mai 2020; MÜLLER, S. 77 ff.

3 Zu dieser Abgrenzung im Lichte der Corona-Pandemie siehe allg. auch HÄFELI/GALLI/VISCHER, Anpassung, S. 1 ff.; zum Werkvertragsrecht ENZ, Jusletter 18. Mai 2020.

4 Zu den möglichen Anpassungsformen (Auflösung, Verkürzung, Verlängerung oder inhaltliche Änderung) siehe allg. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1291 f.; ComRom/WINIGER, Art. 18 N 210 ff.; siehe auch unten N 21. Zur Anpassung von Mietverträgen im Besonderen siehe MÜLLER, S. 77, 110 ff.

5 Unten IV.B.

6 Schiedsgerichtsentscheid vom 30.3.2020, mp 2020, S. 152 ff.

7 Mietgericht Zürich, Urteil MJ210008-L vom 2.8.2021, ZMP 2021 Nr. 10, abrufbar unter <www.gerichtszh.ch/entscheide/entscheide-suchen.html> (9.8.2021). Auf die mögliche Bedeutung der *clausula* in der Corona-Pandemie wird auch in einem mietrechtlichen Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 2.11.2020, ZB.2020.36, eingegangen; die Frage konnte letztlich jedoch offengelassen werden (E. 4.4).

auf die mit der Pandemie verbundenen behördlichen Einschränkungen eingestellt. Für die Monate Juni 2020 bis Januar 2021 bezahlte sie jeweils nur einen Drittel des Bruttomietzins. Gleich wie das Schiedsgericht kam auch das Mietgericht Zürich zum Schluss, dass die Leistung des Vermieters nicht unmöglich geworden war. Dies begründete es allerdings nicht nur mit der vorübergehenden Natur der Unmöglichkeit, sondern auch damit, dass der Zweck, für den die Mieterin das Lokal verwenden wollte, nicht zum Inhalt der vertraglichen Leistungspflicht geworden war.⁸ Anders als das Schiedsgericht verneinte das Mietgericht Zürich das Vorliegen eines Mangels der Mietsache.⁹ Die Berufung auf die *clausula* wurde der Mieterin ebenfalls verwehrt, da sie nicht dargelegt hatte, wie sich die behördlichen Massnahmen konkret auf ihren Geschäftsbetrieb ausgewirkt hatten.¹⁰

III. Die Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus*

A. Überblick

Im sogenannten *Jolieville*-Entscheid¹¹ aus dem Jahr 2001 hat das Bundesgericht die Voraussetzungen, unter denen die *clausula* angerufen werden kann, wie folgt rekapituliert: *Erstens* braucht es eine Veränderung der Verhältnisse nach Vertragsschluss. Diese Veränderung darf *zweitens* weder vorhersehbar noch vermeidbar gewesen sein und muss *drittens* zu einer gravierenden Äquivalenzstörung geführt haben. Schliesslich darf der Vertrag nicht vorbehaltlos erfüllt worden sein. Vorbehalten bleiben allfällige vertragliche oder gesetzliche Anpassungsregeln. Ähnliche Umschreibungen finden sich in der Lehre.¹²

Im Kontext der Corona-Pandemie werfen diese Voraussetzungen verschiedene Fragen auf, denen im Folgenden nachgegangen wird. Dabei wird – in Übereinstimmung mit der heute herrschenden Lehre – davon ausgegangen, dass es sich bei der Vertragsanpassung infolge veränderter Umstände um ein Problem der *Lückenfüllung* handelt: Die Parteien haben das später eingetretene Risiko bei Vertragsschluss nicht bedacht und weder der einen noch der anderen Partei vertraglich zugeordnet.¹³

B. Tragweite in Zeiten von COVID 19

1. Vorhersehbarkeit

Problematisch, gerade vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie, erscheint zunächst die Voraussetzung der Vorhersehbarkeit. Es ist viel darüber diskutiert worden, ab welchem Moment die Pandemie für Vertragspartner vorhersehbar gewesen sei, wobei teil-

8 A.a.O., E. 3 (insb. E. 3.5). Vgl. dazu unten N 15 ff., 22.

9 A.a.O., E. 4.

10 Mietgericht Zürich, Urteil MJ210008-L vom 2.8.2021, ZMP 2021 Nr. 10, E. 5.2.5f. Vgl. dazu unten N 12f.

11 BGE 127 III 300 ff.

12 Siehe etwa BSK OR I/WIEGAND, Art. 18 N 95 ff.; BK/WEBER/EMMENEGGER, Art. 97 OR N 111 f.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1297 ff. m.w.H.

13 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1288 ff. m.w.H.

weise sogar versucht worden ist, ein genaues Datum festzulegen. Als Stichtag, der sozusagen als «Guillotine» für die Anwendung der *clausula* wirken soll, ist etwa der 31. Dezember 2019 vorgeschlagen worden, da zu diesem Zeitpunkt bereits die ersten Erkrankungen aufgrund des Coronavirus bekannt waren.¹⁴

- 9 Solche Versuche, die Vorhersehbarkeit zeitlich auf den Tag genau zu fixieren, missachten, dass der Wechsel von «unvorhersehbar» zu «vorhersehbar» oft nicht völlig unvermittelt, von einem Tag auf den anderen, sondern gleitend stattfinden wird. Es handelt sich um ein Kontinuum von immer weiter sich verdichtenden Indizien. Bei einem viralen Infekt, der sich von einer regional begrenzten Epidemie im Ausland zu einer eigentlichen Pandemie ausweitet, wird dies besonders deutlich. Bei der *ex post*-Entscheidung darüber, ob ein Ereignis und seine Folgen vorhersehbar waren oder nicht, besteht ein beträchtlicher Beurteilungsspielraum. Dies verdeutlicht auch die bundesgerichtliche Umschreibung, wonach eine spätere Entwicklung dann vorhersehbar war, wenn die betroffene Partei bei Vertragsschluss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge «vernünftigerweise» mit ihr rechnen musste.¹⁵
- 10 Wird allerdings mit der herrschenden Lehre davon ausgegangen, dass die Vertragsanpassung der *Füllung einer Vertragslücke* dient,¹⁶ sollte die Vorhersehbarkeit gar nicht entscheidend sein. Eine Vertragslücke kann nämlich auch bestehen, wenn die Parteien bei Vertragsschluss an eine mögliche Änderung der Verhältnisse *hätten denken sollen*, dies aber nicht getan haben.¹⁷ Auch das Bundesgericht zeigt sich flexibel: So hat es verschiedentlich festgehalten, dass die Voraussehbarkeit auch dann zu verneinen sei, wenn eine Verhältnisänderung wie bspw. eine Gesetzesänderung als solche zwar vorhersehbar war, nicht aber deren Art, Umfang und Auswirkungen.¹⁸
- 11 Für die Corona-Pandemie folgt daraus, dass die *clausula* grundsätzlich auch dann zur Verfügung steht, wenn bei Vertragsschluss zwar die Pandemie, nicht aber Art, Umfang und Dauer der rechtlichen Einschränkungen vorhersehbar waren.¹⁹ Art, Umfang, Dauer und Auswirkungen der COVID-19-bedingten Einschränkungen sind in der Weltgeschichte wohl singular. Bei Verträgen, die vor Ausrufung der ausserordentlichen Lage am 16. März 2020 geschlossen wurden, sollte man deshalb im Zweifel die Vorhersehbarkeit verneinen. Für die Zeit nach der Corona-Pandemie hingegen werden die Parteien, insbesondere beim Abschluss von Dauerschuldverhältnissen, die Möglichkeit neuer Pandemien und damit verbundener einschneidender Einschränkungen in Betracht ziehen und bei der Vertragsgestaltung berücksichtigen müssen.

14 So ENZ, Jusletter 18. Mai 2020, N 15.

15 BGer 4A_375/2010 vom 22.11.2010, E. 3.1.

16 Siehe oben N 7.

17 KRAMER, SJZ 2014, S. 273, 281.

18 BGE 127 III 300, E. 5.b.aa, unter Hinweis auf ZK/JÄGGI/GAUCH, Art. 18 OR N 670, und BK/KRAMER, Art. 18 OR N 340; BGer 4A_375/2010 vom 22.11.2010, E. 3.1.

19 So nun auch das Mietgericht Zürich, Urteil MJ210008-L vom 2.8.2021, ZMP 2021 Nr. 10, E. 5.2.4; Schiedsgerichtsentscheid vom 30.3.2020, mp 2020, S. 152, 159.

2. Äquivalenzstörung

Fragen wirft auch die Voraussetzung der Äquivalenzstörung auf.²⁰ Eine Äquivalenzstörung liegt vor, wenn die veränderten Verhältnisse zu einem Missverhältnis zwischen dem *objektiven* Wert von Leistung und Gegenleistung führen.²¹ Nun ziehen aber veränderte Verhältnisse, und seien sie noch so einschneidend, nicht zwingend eine Veränderung der Wertrelation von Leistung und Gegenleistung nach sich. Wird trotzdem auf der Voraussetzung der Äquivalenzstörung beharrt, könnte die *clausula* etwa vom Mieter, der ein Restaurant betreibt, nur angerufen werden, wenn der objektive Wert der Leistung des Vermieters – also der Marktwert für die Miete eines vergleichbaren Objekts – infolge der Corona-Pandemie massiv eingebrochen wäre. Diesen Beweis zu erbringen, dürfte schwerfallen, nicht zuletzt deshalb, weil es sich bloss um vorübergehende Einschränkungen handelt.

Dass die veränderten Verhältnisse sich auf den *objektiven* Wert von Leistung und Gegenleistung ausgewirkt haben müssen, wurde in den erwähnten mietrechtlichen Entscheiden²² weder vorausgesetzt noch thematisiert. Das Mietgericht Zürich erblickte die Äquivalenzstörung darin, dass die Mieterin infolge der Corona-Massnahmen in der Nutzung des Mietobjektes eingeschränkt war; dies habe zu einem Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung geführt. Dass die Mieterin dennoch keine Mietzinsreduktion verlangen konnte, lag daran, dass sie nicht dargelegt hatte, inwiefern sich die Massnahmen konkret auf ihren Betrieb ausgewirkt hatten. Damit blieb ihre Behauptung einer *schwerwiegenden* Äquivalenzstörung unsubstantiiert.²³ Auch das Luzerner Schiedsgericht bejahte die Äquivalenzstörung mit der Begründung, dass dem Mieter die Führung eines Restaurationsbetriebes im Mietobjekt aufgrund der COVID-19-Massnahmen nicht mehr möglich war.²⁴ Die Verwendungsunmöglichkeit für den Mieter hat jedoch nicht zwingend einen Einfluss auf den objektiven Wert der Leistung des Vermieters.

Für sich alleine bewirkt die Unmöglichkeit oder Einschränkung der Leistungsverwendung noch keine Äquivalenzstörung im traditionellen Sinne. Darauf sollte es meines Erachtens aber auch nicht ankommen. Vielmehr sollte eine Vertragsanpassung auch dann möglich sein, wenn etwa der Vertragszweck aus objektiven Gründen nicht mehr erreicht werden kann.²⁵ Gerade hier stellt sich allerdings die Frage nach der Abgrenzung zur Leistungsunmöglichkeit, auf die nun einzugehen ist.

20 Siehe dazu auch BK/WEBER/EMMENEGGER, Art. 97 OR N 112 m.w.H.

21 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1300 m.w.H.

22 Oben N 4f.

23 Mietgericht Zürich, Urteil MJ210008-L vom 2.8.2021, ZMP 2021 Nr. 10, E. 5.2.6.

24 Schiedsgerichtsentscheid vom 30.3.2020, mp 2020, S. 152, 159.

25 Vgl. auch SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, N 35.09 («Vertragszweckvereitelung»).

IV. Abgrenzungen

A. Nachträgliche unverschuldete Leistungsunmöglichkeit

- 15 Die Abgrenzung zwischen Leistungsunmöglichkeit und *clausula* bereitet Schwierigkeiten. Zur Illustration mögen drei Fälle dienen, die alle aus der Bundesgerichtspraxis der 20er und 30er Jahre des letzten Jahrhunderts stammen:
- Eine Häckselfabrik schliesst mit einem Elektrizitätswerk auf zehn Jahre einen Stromlieferungsvertrag und verpflichtet sich darin zur Abnahme einer jährlichen Mindestmenge. Neun Monate nach Vertragsschluss brennt die Häckselfabrik vollständig nieder. Ist die Erfüllung der Pflicht des Elektrizitätswerks unmöglich geworden, weil der Zweck, zu dem der Vertrag geschlossen worden ist, mit der Zerstörung der Fabrik fortgefallen ist? Oder ist dies vielmehr ein Fall für die *clausula*?²⁶
 - Eine Frau mit einem Zahnarztpatent des Kantons Zürich mietet auf drei Jahre eine Zahnarztpraxis im Kanton Glarus. Nachdem sie während mehrerer Jahre als Zahnärztin dort praktiziert hat, führt der Kanton eine Gesetzesänderung ein, wonach nur noch Personen mit eidgenössischem Zahnarzt Diplom als Zahnärzte praktizieren dürfen. Das Zürcher Patent wird nicht mehr anerkannt. Die Frau könnte zwar eine kantonale Prüfung über ihre beruflichen Fähigkeiten ablegen, dürfte aber auch dann, wenn sie die Prüfung besteht, nur noch als Zahntechnikerin arbeiten. Ist die Leistung des Vermieters unmöglich geworden, weil der Zweck, zu dem der Mietvertrag abgeschlossen wurde, fortgefallen ist?²⁷
 - Die Migros schliesst einen befristeten Mietvertrag, um in Lausanne eine Filiale zu betreiben, und nimmt das Mietobjekt in Besitz. Drei Monate später verbietet das Parlament des Kantons Waadt die Eröffnung von Filialen der Migros auf dem Kantonsgebiet.²⁸ Ist die Leistung des Vermieters unmöglich geworden, weil der Vertragszweck nicht erreicht werden kann?²⁹
- 16 Die von diesen Fällen aufgeworfenen Fragen werden unter dem Stichwort des *Zweckfortfalls* einerseits und des *Wegfalls des Gläubigerinteresses* (auch: Verwendungsunmöglichkeit) andererseits diskutiert.³⁰ Klassisches Beispiel für den Zweckfortfall ist die Zerstö-

26 BGE 48 II 366 ff.

27 BGE 57 II 532 ff.

28 Hintergrund des Verbots waren politische Bestrebungen zum Schutz des Detailhandels, der aufgrund der Weltwirtschaftskrise stark unter Druck geraten war und sich u.a. durch die 1925 gegründete Migros bedroht fühlte. Diese Bestrebungen führten zu verschiedenen kantonalen Verboten. Auf Bundesebene mündeten sie in den Bundesbeschluss vom 14. Oktober 1933 über das Verbot der Eröffnung und Erweiterung von Warenhäusern, Kaufhäusern, Einheitspreisgeschäften und Filialgeschäften. Dieses sogenannte Filialverbot war bis 1945 in Kraft.

29 BGE 62 II 42 ff.

30 Vgl. etwa KOLLER, § 53 N 14 ff.; BK/WEBER/EMMENEGGER, Art. 97 OR N 83 f., 85 f., je m.w.H.; zur Unterscheidung vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie siehe Mietgericht Zürich, Urteil MJ210008-L vom 2.8.2021, ZMP 2021 Nr. 10, E. 3.1; LACHAT/BRUTSCHIN, mp 2020, S. 99, 123 ff.; REICHLI/STEHLE, Jusletter 18. Mai 2020, N 21; HÄFELI/GALLI/VISCHER, Jusletter 14. April 2020, N 19 ff.

zung des Gebäudes, das neu gestrichen werden soll, bevor der Handwerker mit den Malarbeiten beginnen kann. Klassisches Beispiel für den blossen Wegfall des Gläubigerinteresses ist der Kauf des Brautkleids, das infolge Trennung vor der Hochzeit nicht mehr wie vorgesehen verwendet werden kann. Zwar ist auch das Brautkleid nur zu einem bestimmten Zweck gekauft worden, doch handelt es sich dabei einzig um den Zweck der Braut. Für den Verkäufer ist es unerheblich, wozu das Kleid tatsächlich eingesetzt wird. Weggefallen ist deshalb nicht der eigentliche Vertragszweck, sondern bloss die Verwendungsmöglichkeit für die Gläubigerin.

An die Unterscheidung werden unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft. So soll der eigentliche Zweckfortfall zur Unmöglichkeit i.S. v. Art. 119 OR führen (wobei umstritten ist, ob der Schuldner diesfalls seinen Vergütungsanspruch behält).³¹ Bei Wegfall des Gläubigerinteresses kommt hingegen – vorbehaltlich gesetzlicher Sonderregeln (wie z.B. Art. 264 OR) – höchstens eine Berufung auf die *clausula* in Frage.³² Die Grenzziehung zwischen einseitigem Interesse des Gläubigers und dem Wegfall des gemeinsamen Vertragszwecks sind jedoch fließend. Das zeigen gerade die Diskussionen rund um die Corona-Pandemie: Bei gewerblichen Mietobjekten hat oftmals nicht nur der Mieter, sondern auch der Vermieter ein Interesse daran, dass das Mietobjekt zu einem bestimmten Zweck eingesetzt wird. So kann der Mietvertrag vorsehen, dass der Mieter zum Betrieb seines Geschäftes verpflichtet wird, etwa bei Läden in Bahnhofspassagen. Auch ohne solche Verpflichtung kann der Vermieter daran interessiert sein, dass das Mietobjekt effektiv vom Mieter benutzt wird, z.B. weil der Wert der Liegenschaft sinken könnte, wenn die Räumlichkeiten leer stehen.³³

Auch die oben erwähnten Fälle verdeutlichen die Schwierigkeit der Grenzziehung. So hat das Bundesgericht im Fall der Zahnärztin entschieden, dass durch die Gesetzesänderung der Vertragszweck insgesamt weggefallen sei; damit sei die Leistung des Vermieters unmöglich geworden.³⁴ Das erscheint wenig überzeugend, denn die Praxis hätte nach wie vor als Zahnarztpraxis betrieben werden können, nur nicht von der Gläubigerin. Im Falle der Migros hingegen war nach Ansicht des Gerichts bloss das Gläubigerinteresse weggefallen, weshalb eine Leistungsunmöglichkeit verneint wurde.³⁵

Im Häckselfabrik-Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass die Vertragserfüllung nicht schon deshalb unmöglich geworden sei, weil die Fabrik zerstört worden war. Verunmöglicht worden sei vielmehr nur die vorausgesetzte Verwendung, nämlich der Gebrauch der Energie in der Fabrik. Die Zerstörung der Fabrik könne die Wirksamkeit des Vertrags allerdings dann beeinflussen, wenn die Verwendung der Energie für ebendiese Fabrik nicht nur einseitige Voraussetzung des Bezügers gebildet habe, sondern zum

31 Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2561; BSK OR I/WIEGAND, Art. 119 N 6; BK/WEBER/EMMENEGGER, Art. 97 OR N 83 f., je m.w.H.

32 GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, N 2566.

33 LACHAT/BRUTSCHIN, mp 2020, S. 99, 107 m.w.H.

34 BGE 57 II 532, 534 ff.

35 BGE 62 II 42, 44 f.

eigentlichen Vertragsbestandteil geworden sei. In casu sei dem Besteller überhaupt keine Verwendung für den Vertragsgegenstand mehr geboten. Insbesondere sei ausgeschlossen, dass er die elektrische Kraft an Dritte abgeben könne. Hätten die Parteien bei Vertragsschluss an dieses Hindernis gedacht, so das Bundesgericht, so hätten sie nach loyaler Verkehrsauffassung den Vorbehalt aufgenommen, dass bei Zerstörung der Fabrik die Verpflichtung zur Stromabnahme wenigstens bis zum Wiederaufbau der Fabrik entfallen solle.³⁶ In der Sache bejahte das Bundesgericht damit eine Vertragslücke.

20 Was folgt nun daraus in Bezug auf die Corona-Pandemie?

- *Erstens*: Von einer eigentlichen Unmöglichkeit i.S. v. Art. 119 OR kann nur die Rede sein, wenn das Erreichen des Vertragszwecks, das aufgrund nachträglich veränderter Verhältnisse verfehlt wird, zum eigentlichen *Inhalt der Leistungspflicht* gehört. Für die Abgrenzung zur *clausula* ist demnach entscheidend, wie der Vertrag ausulegen ist.³⁷
- *Zweitens*: Das blosses Wissen der Vertragsparteien um den Grund, weshalb die andere Vertragspartei den Vertrag abschliesst, reicht noch nicht aus, um den Zweck zum Inhalt der Leistungspflicht zu erheben.
- *Drittens*: Der blosses Wegfall der Verwendungsmöglichkeit für den Gläubiger wird regelmässig nicht genügen, um sich auf die *clausula* berufen zu können.

21 Dass der Vertragszweck eigentlicher Bestandteil der Leistungspflicht geworden ist, sollte nur in eindeutigen Fällen angenommen werden. Im Zweifel verdient der Weg über die *clausula* den Vorzug, und zwar deshalb, weil sie mit ihren offenen Rechtsfolgen ein viel differenzierteres Instrumentarium bietet als die Leistungsunmöglichkeit. Anders als nach Art. 119 OR erlischt die Leistungspflicht nicht *ipso iure*; der Vertrag kann vielmehr aufgelöst, die Vertragsdauer verkürzt oder verlängert oder der Vertragsinhalt abgeändert werden.³⁸

22 Im erwähnten Entscheid zur Mietzinsreduktion gelangte das Mietgericht Zürich zum Schluss, dass die Parteien keinen spezifischen Verwendungszweck für das Mietobjekt vereinbart hatten. Nach objektivierter Auslegung habe weder der Vermieter die Möglichkeit der Betriebstätigkeit zugesichert noch sei die Mieterin zum Betrieb des Geschäfts verpflichtet gewesen. Damit blieb für Art. 119 OR kein Raum; stattdessen wurden die Voraussetzungen der *clausula* geprüft.³⁹

36 BGE 48 II 366, 371 ff.

37 Ebenso KOLLER, § 53 N 15; REICHLÉ/STEHLE, Jusletter 18. Mai 2020, N 21.

38 Siehe oben Fn. 4.

39 Mietgericht Zürich, Urteil MJ210008-L vom 2.8.2021, ZMP 2021 Nr. 10, E. 3 (insb. E. 3.5). Zur Tragweite der *clausula* in diesem Fall siehe oben N 13.

B. Grundlagenirrtum

Interessanterweise wird der Irrtum über einen zukünftigen Sachverhalt in der privatrechtlichen COVID-19-Diskussion nur selten erwähnt.⁴⁰ Das liegt möglicherweise daran, dass sich die Rechtsfolgen weitgehend mit jenen der *clausula* decken. Denn: Betrifft der Willensmangel nur einen Teil des Vertrags, und ist nicht anzunehmen, dass der Vertrag ohne diesen Teil gar nicht geschlossen worden wäre, so besteht der Vertrag weiter, ist jedoch lückenhaft. Diese Vertragslücke ist – gleich wie bei der *clausula* – nach dem mutmasslichen Parteiwillen zu füllen (Art. 20 Abs. 2 OR).⁴¹

Anders als bei der *clausula* ist die Berufung auf den Grundlagenirrtum allerdings auf ein Jahr ab Entdeckung des Irrtums befristet. Relevant wird das Verhältnis zur *clausula* deshalb v.a. dann, wenn die Jahresfrist gemäss Art. 31 OR unbenutzt verstrichen ist.

Zur Abgrenzung von *clausula* und Grundlagenirrtum schlägt ERNST KRAMER vor,²⁵ auf die Vorstellung der Parteien bei Vertragsschluss abzustellen. Haben sich die Parteien über eine mögliche nachträgliche Änderung schlicht keine Gedanken gemacht, so könne nicht von einem Irrtum gesprochen werden; hier greife vielmehr die *clausula*.⁴² Für die Corona-Pandemie folgt daraus, dass ein Grundlagenirrtum regelmässig ausscheiden wird, denn die meisten Parteien werden sich in der Zeit vor der Ausrufung der ausserordentlichen Lage am 16. März 2020 keine Vorstellung über das Ausmass der rechtlichen Einschränkungen gemacht haben. Damit bleibt die *clausula* im Vordergrund.⁴³

V. Schlusswort

Gegenüber Art. 119 OR mit seinen «starren» Rechtsfolgen zeichnet sich die *clausula* durch eine grössere Flexibilität aus. Im Streitfall ermöglicht sie eine differenzierte Risikoallokation und weist damit Vorzüge auf, die gerade in aussergewöhnlichen Zeiten wie einer Pandemie zum Tragen kommen. Im Zweifel sollte deshalb die nicht immer leichte Grenzziehung zwischen *clausula* und Leistungsunmöglichkeit zugunsten der *clausula* ausgehen.²⁶

Literatur

Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern, verschiedene Auflagen und Jahrgänge (zit. BK/BEARBEITER)

ENZ, BENJAMIN V., Risikoordnung in Verträgen und die Covid-19 Situation: Teil 1, Anwendungsbereich der *clausula rebus sic stantibus*, der Unmöglichkeit nach Art. 119 OR und der Kündigung aus wichtigem Grund, Jusletter 18. Mai 2020

GAUCH, PETER/SCHLUEP, WALTER R./SCHMID, JÖRG/EMMENEGGER, SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2 Bände, 11. Aufl., Zürich 2020 (Bd. I: zit. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Bd. II: zit. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER)

40 Siehe aber MÜLLER, S. 77, 122.

41 Siehe GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 852.

42 KRAMER, SJZ 2014, S. 273, 280.

43 Gl.M. MÜLLER, S. 77, 122.

- HAEFELI, ANDREA/GALLI, DARIO/VISCHER, MARKUS, Anpassung privatrechtlicher Verträge infolge von COVID-19, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 1–38 (zit. Anpassung)
- DIES., Coronavirus SARS-CoV-2: Klärung mietrechtlicher Fragen, Jusletter 14. April 2020
- KOLLER, ALFRED, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2009
- KRAMER, ERNST, Neues zur clausula rebus sic stantibus, SJZ 2014, S. 273–287
- LACHAT, DAVID/BRUTSCHIN, SARAH, Die Mieten in Zeiten des Coronavirus, mp 2020, S. 99–143
- MÜLLER, JÜRIG P., Der «Lockdown» als Herausforderung für die Vertragsparteien bei der Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen – eine Auslegeordnung, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 77–122
- REICHEL, SEBASTIAN/STEHLE, BERNHARD, Coronavirus und Geschäftsraummieta, Jusletter 18. Mai 2020
- SCHWENZER, INGEBORG/FOUNTOULAKIS, CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Bern 2020
- THÉVENOZ, LUC/WERRO, FRANZ (Hrsg.), Commentaire Romand, Code des Obligations I (Art. 1–529 OR), 2. Aufl., Basel 2017 (zit. ComRom/BEARBEITER)
- WIDMER LÜCHINGER, CORINNE/OSER, DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1–529 OR), 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I/BEARBEITER)
- Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich, verschiedene Auflagen und Jahrgänge (zit. ZK/BEARBEITER)

Strafrechtlicher Zwang in der «ausserordentlichen» Lage

Wolfgang Wohlers*

Inhaltsverzeichnis	Rz.
I. Worum geht es?	1
II. Zur Rolle der Straftatbestände des StGB	7
1. Im Zusammenhang mit den Fällen der Verbreitung des Corona-Virus	7
2. Im Zusammenhang mit den Fällen des Erschleichens von Beihilfen	10
III. Die Straftatbestände des Corona-Strafrechts	14
IV. Die Zulässigkeit/Legitimität des Corona-Strafrechts	18
1. Der Erlass von Strafrechtsnormen im Rahmen von Verordnungen	18
2. Die mangelnde Bestimmtheit der Strafnormen des Corona-Strafrechts	28
3. Das Corona-Verordnungs-Strafrecht und die Rückwirkung des milderen Gesetzes	43
V. Was folgt aus alledem?	49

I. Worum geht es?

Wenn es um die Bewältigung akuter gesellschaftlicher Krisensituationen geht, konzentriert sich das Interesse der (Fach-)Öffentlichkeit naturgemäss zunächst einmal auf die Massnahmen, mit denen die Krise unmittelbar bewältigt werden soll. Wenn es aber, wie im Falle der Covid-19-Pandemie, um ein im wahrsten Sinne des Wortes lebensgefährliches Virus geht, wird früher oder später auch einmal die Frage gestellt werden (müssen), ob bzw. unter welchen Voraussetzungen die Infizierung anderer Personen als Tötungs- oder Körperverletzungsdelikt oder als ein Fall des Verbreitens einer gefährlichen übertragbaren Krankheit (Art. 231 StGB) verfolgt werden kann – und angesichts der für die Strafbehörden geltenden Pflicht zur Verfolgung von Amtes wegen (vgl. Art. 7 StPO) sogar verfolgt werden muss. Klären wird man darüber hinaus auch, ob sich das Erschleichen von Corona-Beihilfen durch Straftatbestände des Strafgesetzbuches erfassen lässt, z.B. als Betrug (Art. 146 StGB) und/oder als Falschbeurkundung (Art. 251 StGB), und ob die zweckwidrige Verwendung gewährter Beihilfen möglicherweise als Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) zu qualifizieren ist.

* Der Verfasser dankt seinen Assistierenden Rena Peters und Sean Heneghan für die Unterstützung bei der Erstellung des Beitrags. Eine deutlich ausführlichere Auseinandersetzung mit den hier behandelten Problemen nebst einer Einordnung in den Gesamtzusammenhang mit dem strafrechtlichen Diskurs über das «moderne» Strafrecht wird im Jahre 2021 als eigenständige Abhandlung publiziert werden (Wohlers/Heneghan/Peters, Das Strafrecht in Zeiten der Pandemie, Zürich 2021).

- 2 Das Strafrecht wird im vorliegenden Zusammenhang aber vor allem auch deshalb zum Thema, weil der Bundesrat als Ordnungsgeber, einem gängigen Schema folgend, die zur Bekämpfung der Pandemie dienenden Massnahmen strafrechtlich abgesichert hat, indem er für den Fall von Zuwiderhandlungen Strafsanktionen in Aussicht stellt. Dass der Ordnungsgeber im Rahmen der Strafnorm der Covid-19-Verordnung 2 nicht nur Geldbussen, sondern auch Geldstrafen und sogar Freiheitsstrafen angedroht hat, ist ungewöhnlich und wirft deshalb mit besonderer Dringlichkeit die Frage auf, ob dies überhaupt zulässig ist. Immerhin verlangt das in Art. 1 des Strafgesetzbuches kodifizierte Gesetzlichkeitsprinzip, dass strafbares Verhalten durch «das Gesetz» unter Strafe gestellt werden muss. Die Frage ist also: Ist eine Verordnung «das Gesetz»?
- 3 Art. 1 StGB verlangt im Übrigen nicht nur, dass die Verbotsmaterie durch das Gesetz festgelegt werden muss. Die Norm verlangt vielmehr auch, dass dies «ausdrücklich» zu geschehen hat. Ob dem damit angesprochenen Bestimmtheitsgebot Rechnung getragen werden kann, wenn die strafrechtlich relevante Verbotsmaterie laufend der sich ebenfalls rasch entwickelnden epidemiologischen Lage angepasst werden muss, erscheint zweifelhaft und bedarf deshalb ebenfalls der Klärung.
- 4 Ausser Frage steht bei alledem, dass das Corona-Verordnungs-Strafrecht allenfalls entfernt dem Idealbild entspricht, das in den strafrechtlichen Standardwerken beschworen wird, wenn es dort heisst, dass das Strafrecht erst und nur dann zur Anwendung kommen dürfe, wenn es um Zuwiderhandlungen gegen elementare Regeln des gesellschaftlichen Miteinanders geht,¹ auf die anders als durch die Androhung und Verhängung strafrechtlicher Sanktionen nicht reagiert werden kann (Strafrecht als «ultima ratio»)².
- 5 Die zentrale Problematik des Corona-Verordnungs-Strafrechts ist mithin dessen Vereinbarkeit mit dem in Art. 1 StGB kodifizierten Gesetzlichkeits- und Bestimmtheitsgebot. Die Frage ist: Darf der Ordnungsgeber Strafnormen schaffen und darf er dies auch dann tun, wenn die Verbotsmaterie in einem fortlaufenden rasanten Wandlungsprozess begriffen ist? Und schliesslich: Welche Auswirkungen hat das Rückwirkungsverbot, wenn der Anwendungsbereich der in Frage stehenden Strafnormen im Laufe der Zeit erweitert, eingeschränkt und dann wieder ausgeweitet wird?
- 6 Ich werde nachfolgend zunächst aufzeigen, dass man sich von der Anwendung der traditionellen Straftatbestände des Kernstrafrechts nicht zu viel erwarten sollte (vgl. nachfolgend II.). In einem zweiten Schritt soll dargelegt werden, dass das Corona-Verordnungs-Strafrecht rechtsstaatlich höchst bedenklich ist, weil es den Anforderungen nicht zu genügen vermag, die das materiell strafrechtliche Legalitätsprinzip aus guten Gründen an strafrechtliche Normen stellt (vgl. unten III. und IV.). Die zentrale Schlussfolgerung aus alledem wird sein, dass Handlungsbedarf in zweierlei Hinsicht besteht: Wir müssen zum einen entscheiden, in welchem Umfang weiterhin auf die Karte der strafrechtlichen Absicherung von Verhaltensnormen gesetzt werden soll. Und wir müssen – zweitens – die Voraussetzungen dafür schaffen, dass dies – wenn und soweit man

1 STRATENWERTH, § 3 N 14.

2 SEELMANN/GETH, N 9 ff.

es als erforderlich ansieht – in rechtsstaatlich tragbarer Art und Weise geschehen kann (vgl. unten V.).

II. Zur Rolle der Straftatbestände des StGB

1. Im Zusammenhang mit den Fällen der Verbreitung des Corona-Virus

Es dürfte ausser Frage stehen, dass die Infizierung mit dem Corona-Virus den Tatbestand einer einfachen und – unter gewissen Umständen – sogar einer schweren Körperverletzung erfüllen kann, entweder als ein vorsätzliches Delikt oder – wohl eher praktisch relevant – als ein Fahrlässigkeitsdelikt. Wenn der Infizierte stirbt, ist darüber hinaus an eine vorsätzliche oder fahrlässige Tötung zu denken.³

Das Problem liegt bei den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten weniger auf der rechtlich-normativen Ebene, sondern ganz praktisch dort, wo es darum geht, den forensischen Nachweis dafür zu erbringen, dass die Infizierung einer konkreten Person auf das Fehlverhalten einer anderen konkreten Person zurückzuführen ist. Die Probleme, die sich hier stellen, sind zur Genüge aus den Fällen bekannt, in denen es um eine Infizierung mit dem HI-Virus ging.⁴ Im vorliegenden Fall sind die Probleme allerdings nochmals grösser, weil hier die möglichen Infektionswege deutlich breiter, um nicht zu sagen ubiquitär sind. Es spricht deswegen viel dafür, dass die Tötungs- und Körperverletzungsdelikte aus diesen Gründen bei der Aufarbeitung der Corona-Fälle keine oder doch jedenfalls keine grosse Rolle spielen werden.

Gleiches gilt im Ergebnis für den Straftatbestand des Verbreitens gefährlicher Krankheiten (Art. 231 StGB). Hier haben wir es zum einen – auf der objektiven Tatseite – ebenfalls mit Nachweisproblemen zu tun, weil auch hier der Nachweis erbracht werden muss, dass der Täter das Virus auf mindestens eine weitere Person übertragen hat.⁵ Darüber hinaus ergeben sich Probleme aufgrund des sehr engen subjektiven Tatbestands: Art. 231 StGB verlangt in seiner aktuell geltenden Fassung, dass der Täter «aus gemeiner Gesinnung» handelt, was dazu führt, dass letztlich wohl allein die sogenannten «Desperado-Fälle» erfasst werden können, d.h. die Fälle, in denen die Verbreitung der Krankheit das eigentliche Ziel des Täters ist, der, wie Karl-Ludwig Kunz es einmal plastisch formuliert hat, «in diabolischer Absicht andere mit sich ins Unglück»⁶ reissen will.

2. Im Zusammenhang mit den Fällen des Erschleichens von Beihilfen

Um den durch die Corona-Pandemie in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedrohten Unternehmen mit Überbrückungskrediten helfen zu können, hat der Bundesrat am 25. März 2020 die Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus erlassen. Nach Art. 23 der Covid-19-Solidarbürgschaftsverord-

³ ROOS/FINGERHUTH, § 26 N 17.

⁴ Vgl. BGE 134 IV 193 Erw. 4; CHRISTOPHER GETH, in: PK-StGB, Vor Art. 122 N 14.

⁵ DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, 80.

⁶ KUNZ, 42 zur entsprechenden Problematik bei den HIV-Fällen.

nung wird mit einer Busse von bis zu 100'000 Franken bestraft, wer vorsätzlich mit falschen Angaben einen Kredit erwirkt oder die Kreditmittel in Abweichung von Art. 6 Abs. 3 verwendet.⁷ Die Strafbestimmung des Art. 23 SolidarbürgschaftsVO ist formell subsidiär, sie kommt also nur dann und nur dort zur Anwendung, wo das in Frage stehende Verhalten nicht durch andere Strafnormen erfasst wird, die mit einer höheren Strafdrohung ausgestattet sind.⁸ Für die Fälle des Erschleichens von Beihilfen sind vor allem der Betrugstatbestand (Art. 146 StGB) und die Falschbeurkundung (Art. 251 StGB) in Betracht zu ziehen; soweit das Erschleichen als Betrug und/oder Falschbeurkundung und damit als Verbrechen erfasst wird, kann das zweckwidrige Verwenden als Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB) geahndet werden. Erste Entscheide belegen, dass die Strafrechtspraxis diesbezüglich zu durchaus unterschiedlichen Einschätzungen kommt: Während das missbräuchliche Erschleichen von Beihilfen teilweise als Betrug und Urkundenfälschung eingestuft wird, sind in anderen Fällen Strafbefehle aufgrund von Art. 23 SolidarbürgschaftsVO ergangen,⁹ womit implizit die Anwendbarkeit der vorrangigen Straftatbestände des StGB verneint worden ist.

11 Nach hier vertretener Auffassung ist die Subsumtion der Fälle des Erschleichens von Beihilfen unter die Straftatbestände des Betrugs (Art. 146 StGB) und der Falschbeurkundung (Art. 251 StGB) höchst zweifelhaft. Beim Betrug muss man sich fragen, ob man in Fällen, in denen das (potenzielle) Opfer ankündigt, Gelder auf eine blossе Antragstellung hin auszuzahlen, ohne eine vorgängige Kontrolle vorzunehmen, tatsächlich von einer arglistigen Täuschung sprechen kann, wenn von Antragstellern tatsächlich falsche Angaben gemacht werden.¹⁰ Hinzu kommt, dass auch fraglich ist, ob im blossen Auszahlen der Beihilfen bereits ein betrugsrechtlich relevanter Schaden zu sehen ist.¹¹

12 Bei der Falschbeurkundung stellt sich die Frage, ob man den elektronischen Antrag auf Auszahlung eines Covid-19-Kredits als ein taugliches Tatobjekt einstufen kann. Zwar erfasst die Falschbeurkundung auch sog. Computerurkunden (vgl. Art. 110 Abs. 4 Satz 2 StGB), es ist aber sehr zweifelhaft, ob die hier in Frage stehenden Anträge den Anforderungen an die erhöhte Glaubwürdigkeit genügen, die nach ständiger Rechtsprechung an Urkunden als taugliche Tatobjekte einer Falschbeurkundung zu stellen sind.¹² Wenn man weder den Tatbestand des Betrugs noch den der Falschbeurkundung

7 Vgl. DOMENGHINI/SCHWAB, 207 f.; MÄRKLI/GUT, 730 ff.; NAY, 608 f.; zur Praxisrelevanz der Bestimmung vgl. NZZ vom 30. Oktober 2020, S. 11: «Aus der Not heraus zur Corona-Gaunerin geworden»; NZZ vom 26. November 2020, S. 23: «Die Zahl der Strafverfahren wächst»; AZ vom 11. Januar 2021, S. 16 f.: «Oberstaatsanwalt sieht 400 Fälle von Covid-Kreditbetrug».

8 Vgl. auch DOMENGHINI/SCHWAB, 207; MÄRKLI/GUT, 727.

9 Vgl. NZZ vom 28. April 2021, S. 11: «Gericht fasst Covid-19-Kredit-Betrüger hart an».

10 Bejahend MÄRKLI/GUT, 728.

11 Vgl. aber MÄRKLI/GUT, 728, die den Schaden nicht in der Auszahlung, sondern in der Nichtrückzahlung sehen wollen.

12 Bejahend aber Inderbitzin, in: StGB, Annotierter Kommentar, Art. 251 N 23; DOMENGHINI/SCHWAB, 208; MÄRKLI/GUT, 729; zu den Anforderungen an das taugliche Tatobjekt der Falschbeurkundung vgl. Wohlers, Rechnungen, 27 ff.

für anwendbar hält, scheidet konsequenterweise auch die Anwendung der Geldwäscherstrafnorm auf die Fälle der (zweckwidrigen) Verwendung der Beihilfen aus, weil die in Frage stehenden Vermögenswerte dann nicht, wie es Art. 305^{bis} StGB verlangt, «aus einem Verbrechen herrühren».

Was in diesem Fall bleibt, ist die Anwendung des Art. 23 SolidarbürgschaftsVO, dessen formelle Subsidiarität angesichts des Nichteingreifens anderer Strafnormen kein Hindernis mehr bilden würde. Das Erschleichen der Beihilfen würde unter die Variante des Erwirkens mittels falscher Angaben fallen, die zweckwidrige Verwendung unter die Variante des Verwendens in Abweichung von Art. 6 Abs. 3 SolidarbürgschaftsVO. In subjektiver Hinsicht wäre in beiden Varianten vorsätzliches Handeln erforderlich, wobei grössere Nachweisprobleme nicht zu erwarten sind. Die einzige Frage, die noch zu klären bliebe, wäre die, ob der Ordnungsgeber eigentlich befugt war, diese Strafnorm zu schaffen. Stellt man dies in Abrede,¹³ wäre das Erschleichen von Corona-Beihilfen mangels einer rechtswirksamen Rechtsgrundlage straflos.

III. Die Straftatbestände des Corona-Strafrechts

Wenden wir uns nun dem zu, was ich hier als das Corona-Verordnungs-Strafrecht bezeichnen möchte, d.h. den Straftatbeständen, die durch die verschiedenen Verordnungen geschaffen worden sind, die der Bundesrat nach dem Ausbruch der Pandemie erlassen und fortlaufend und in rascher Folge modifiziert hat.

Ich konzentriere mich hierbei auf die am 17. März 2020 in Kraft getretene zentrale Strafnorm des Art. 10*d* der Covid-19-Verordnung 2, die zunächst als Vergehenstatbestand mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe vorsätzliche Verstösse gegen die nach Art. 6 der Verordnung getroffenen Massnahmen ahnden sollte. In der Folgezeit wurde die Strafnorm, die mit Wirkung zum 21. März 2020 als Art. 10*f* der Covid-19-Verordnung 2 firmiert, um einen Übertretungstatbestand ergänzt, der zunächst nur Verstösse gegen das Verbot von Menschenansammlungen im öffentlichen Raum erfasste, dessen Anwendungsbereich aber nach und nach ausgedehnt wurde, wobei ein Grossteil der erfassten Fallgestaltungen im Ordnungsbussenverfahren geahndet werden konnte (vgl. Art. 10*d* Abs. 3 bzw. Art. 10*f* Abs. 3 Covid-19-Verordnung 2). Parallel zu den ab April 2020 eingeleiteten Lockerungsschritten ist der Anwendungsbereich der Strafnorm nach und nach kleiner und kleiner geworden und mit dem Ausserkrafttreten der Covid-19-Verordnung 2 am 22. Juni 2020 ist auch die Strafnorm wieder verschwunden.

Bei der Anwendung dieser Strafnorm stellt sich zunächst die Frage, welche Verhaltensweisen eigentlich konkret erfasst sind. Es geht also z.B. darum, ob sich die Filialleiterin eines Grossverteilers strafbar verhalten hat, wenn sie Produkte, die nach Auffassung der Polizei bzw. Staatsanwaltschaft nicht hätten verkauft werden dürfen, nicht hinreichend abgesperrt oder auf Kunden, welche die Absperrungen ignoriert haben,

13 Vgl. insoweit ROOS/FINGERHUTH (Fn. 3), § 26 N 53.

nicht adäquat reagiert hat.¹⁴ Weitere Beispiele sind die Fälle, in denen Bäckereien neben den Produkten, die zulässigerweise im Take away verkauft werden durften, auch noch andere Produkte verkauft haben¹⁵ und/oder nicht dagegen eingeschritten sind, dass Kunden die – zulässigerweise im Take away erworbenen – Produkte an Ort und Stelle verzehrt haben. Weiter kann man auch noch die Fälle erwähnen, in denen Personen öffentliche Verkehrsmittel benutzt haben, ohne eine Maske zu tragen,¹⁶ oder an An- bzw. Versammlungen teilgenommen haben, zu denen es entweder gar nicht hätte kommen dürfen und/oder bei denen Abstandsregeln und das Gebot des Maskentragens nicht eingehalten worden sind.¹⁷ Relevant geworden sind aber auch Versammlungen, mit denen auf andere Anliegen aufmerksam gemacht werden sollte,¹⁸ wie z.B. in dem Zürcher Fall einer Demonstration für den Ausbau von Velowegen; hier ist es zu einer (erstinstanzlichen) Verurteilung einer Zürcher Gemeinderätin gekommen, die als (Mit-)Veranstalterin aufgetreten ist und die verurteilt wurde, obwohl alle Teilnehmer der Demonstration eine Maske getragen hatten und die Abstandsregeln eingehalten worden waren.¹⁹

- 17 Die Frage, was z.B. Produkte des alltäglichen Bedarfs sind, ist zunächst eine Frage der Auslegung, die durchaus Probleme aufwirft, mit denen die Strafrechtspraxis aber auch sonst und immer konfrontiert ist. Die Besonderheit liegt vorliegend zum einen darin, dass die Strafnorm des Art. 10f nicht durch den Gesetzgeber erlassen worden ist, sondern durch den Bundesrat als Verordnungsgeber. Zum anderen ist die Bestimmung des Bereichs strafbaren Verhaltens für den Bürger dadurch erschwert worden, dass die Verbotsmaterie laufend ihre konkrete Gestalt gewechselt hat. Das Corona-Verordnungs-Strafrecht hat sich als ein Beispiel erwiesen, mit bzw. an dem sich die Probleme der Vereinbarkeit strafrechtlicher Normen mit den verschiedenen Teilkomponenten des in Art. 1 StGB kodifizierten materiellstrafrechtlichen Legalitätsprinzips wie in einem Brennglas bündeln. Auch wenn wir hoffentlich bald wieder zu Präsenzveranstaltungen zurückkehren können: Die Corona-Pandemie wird uns jedenfalls an der Universität wohl für längere Zeit erhalten bleiben – als Beispiel, anhand dessen in den Veranstaltungen zum Allgemeinen Teil des Strafrechts das Gesetzlichkeitsprinzip und das Bestimmtheitsgebot thematisiert und illustriert werden kann.

14 Vgl. NZZ vom 17. Februar 2021, S. 11: «Diese Geschichten stecken hinter den Covid-19-Bussen» sowie die Entscheide der Bezirksgerichte Baden vom 11.12.2020, ST.220.122 und Dietikon vom 16.2.2021, GB200022; vgl. auch – zu den Problemen aus der ungleichen Behandlung von Grossverteilern und Detailhändlern – NZZ vom 23. Dezember 2020, S. 9: «Ärger um den Laden-Lockdown im Aargau».

15 Vgl. NZZ vom 15. Dezember 2020, S. 11: «Frisch belegt ist ein Semmeli Take away».

16 Vgl. NZZ vom 17. Februar 2021, S. 11: «Diese Geschichten stecken hinter den Covid-19-Bussen»; NZZ vom 6. Mai 2021, S. 11: «Maskenverweigerer wird freigesprochen».

17 Vgl. NZZ vom 17. Februar 2021, S. 11: «Diese Geschichten stecken hinter den Covid-19-Bussen»; NZZ vom 23. Februar 2021, S. 11: «Party im Coiffeursalon».

18 Vgl. NZZ vom 17. Juni 2020, S. 13: «Bundesrat gerät wegen der illegalen Demos unter Druck».

19 Vgl. NZZ vom 9. Februar 2021, S. 11: «SP-Gemeinderätin muss vor Gericht»; NZZ vom 26. März 2021, S. 1: «Bedingte Geldstrafe für SP-Hoffnungsträgerin».

IV. Die Zulässigkeit/Legitimität des Corona-Strafrechts

1. Der Erlass von Strafrechtsnormen im Rahmen von Verordnungen

Die verfassungsrechtlich und konventionsrechtlich gewährleistete und in Art. 1 StGB 18 einfachgesetzlich kodifizierte Maxime «nullum crimen sine lege» bestimmt, dass eine Strafe nur dann verhängt werden darf, wenn die Tat, die geahndet werden soll, durch ein «Gesetz» unter Strafe gestellt worden ist.²⁰ Der Sinn und Zweck des Gesetzlichkeitsprinzips besteht darin, dass die für die bürgerliche Freiheit zentralen Entscheidungen zur Pönalisierung bestimmter Verhaltensweisen in einem Verfahren getroffen werden, bei dem zum einen eine möglichst optimale Gewähr dafür besteht, willkürliche Entscheidungen zu vermeiden, und bei dem zum anderen der entscheidenden Stelle eine demokratisch und staatsrechtlich gesehen besonders hohe Legitimation zukommt.²¹

Der Begriff des «Gesetzes» ist über lange Zeit hinweg als Gesetz im materiellen Sinne 19 verstanden worden.²² Heute besteht aber Einigkeit dahingehend, dass jedenfalls dann, wenn – wie in der Covid-19-Verordnung 2 geschehen – Freiheitsstrafen angedroht werden, ein Gesetz im formellen Sinne erforderlich ist.²³ Eine Ausnahme soll allerdings nach h.M. dann gelten, wenn in Fällen eines «Polizeinotstandes» zeitlich befristet und gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV Strafnormen durch den Bundesrat im Verordnungswege erlassen werden.²⁴

Vor dem skizzierten Hintergrund besteht weitgehende Einigkeit dahingehend, dass 20 die in der Covid-19-Verordnung 2 angedrohten Übertretungsbussen nicht zu beanstanden sein sollen. Problematisch ist aber, dass sich der Ordnungsgeber nicht auf Übertretungstatbestände beschränkt, sondern einen Vergehenstatbestand geschaffen hat, bei dem nicht nur Geldstrafen, sondern auch Freiheitsstrafen von bis zu drei Jahren angedroht werden.

Wie bereits erwähnt, hält es die h.M. für zulässig, dass Freiheitsstrafen im Rahmen 21 von Verordnungen angedroht werden, die sich als Rechtsgrundlage auf Art. 185 Abs. 3 BV stützen. Beim Erlass der Covid-19-Verordnung 2 hatte sich der Bundesrat allerdings gerade nicht auf Art. 185 Abs. 3 BV gestützt, sondern auf das EpG, zunächst auf den Art. 6 EpG und dann, nach dem Ausrufen der ausserordentlichen Lage – und damit für die Fassungen der Verordnung, in der Strafnormen enthalten sind –, auf Art. 7 EpG.²⁵ Die Situation wird dadurch etwas unübersichtlich, dass der Anwendungsbereich dieser Rechtsgrundlagen und ihr Verhältnis zueinander umstritten sind: Während teilweise – insbesondere vom Bundesrat selbst – die Auffassung vertreten wird, dass es sich bei Art. 7 EpG um nichts Anderes handelt, als eine bestätigende Wiederholung der bereits

20 STRATENWERTH, § 4 N 4f.

21 POPP/BERKEMEIER, in: BSK StGB, Art. 1 N 3f.; WOHLERS, in: HK-StGB, Art. 1 N 1.

22 BGE 64 I 375 Erw. 5; BGE 96 I 24 Erw. 4.a); BGE 124 IV 23, 25.

23 BGE 123 IV 29 Erw. 4.a); BGE 124 IV 23 Erw. 1; EGE/ESCHLE, 282 Rz. 8; MÄRKLI/GUT, 725

24 BGE 123 IV 29 Erw. 4.c); BURRICHTER/VISCHER, 303; EGE/ESCHLE, 282 Rz. 8.

25 Vgl. BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, 693; KLEY, 269.

in Art. 185 Abs. 3 BV statuierten Kompetenzen,²⁶ gehen andere Autoren davon aus, dass es sich bei Art. 185 Abs. 3 BV und bei Art. 7 EpG um zwei voneinander unabhängige Rechtsgrundlagen handeln soll.²⁷

- 22 Für den vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies: Sollte es sich bei Art. 7 EpG tatsächlich um eine selbstständige Rechtsgrundlage handeln, wäre der Ordnungsgeber auch nach h.M. gehindert, Freiheitsstrafen anzudrohen, weil ihm dies, wie bereits dargelegt, auch nach h.M. nur gestattet ist, wenn er von der Notfallverordnungs-kompetenz des Art. 185 Abs. 3 BV Gebrauch macht. Wenn man dies anders sehen wollte, müsste man die entsprechende Ausnahmekompetenz entweder auf alle Notfallkompetenzen des Bundesrats erstrecken oder man müsste davon ausgehen, dass da, wo Art. 7 EpG drauf steht, der Sache nach eigentlich Art. 185 Abs. 3 BV drin ist.²⁸
- 23 Bemerkenswert ist, dass erste Entscheide vorliegen, in denen die mit der Sache befassten (erstinstanzlichen) Gerichte die Bestrafung von Zuwiderhandlungen gegen die Covid-19-Verordnung 2 unter anderem mit der Begründung abgelehnt haben, der Ordnungsgeber hätte keine Freiheitsstrafen androhen dürfen.²⁹ Es könnte sein, dass sich hier Risse in der bisher geschlossenen Phalanx der h.M. manifestieren, was nach hier vertretener Auffassung schon deswegen zu begrüßen ist, weil die h.M. ihren Standpunkt bisher weniger begründet als vielmehr postuliert hat. Dass es die Androhung von Freiheitsstrafen braucht, um die in Frage stehenden Verhaltensnormen durchzusetzen,³⁰ ist zum einen nicht mehr als eine Behauptung, die der Verifizierung bedürfte.³¹ Und zum anderen, selbst wenn es so wäre: Heiligt der Zweck auch in diesem Zusammenhang jedes Mittel?
- 24 Gegen die h.M. spricht, dass gerade in den Fällen eines Polizeinotstands genau die Situation gegeben ist, in der ganz konkret die Gefahr besteht, dass der Ordnungsgeber, im Bestreben und Bemühen, einer akuten Bedrohungssituation Herr zu werden, über das Ziel hinausschiesst und Zuwiderhandlungen mit Strafsanktionen bewehrt, die sich bei besonnener Betrachtung als verfehlt oder doch mehr oder weniger deutlich überzo-

26 Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 3.12.2010, BBl 2011, 311, 365; vgl. auch die Stellungnahme des Bundesrats vom 1.7.2020 zur Interpellation Addor, «Fehlt es den Strafbestimmungen der Covid-19-Verordnung 2 an einer genügenden gesetzlichen Grundlage?» (SR 20.3180); BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, 693f.; BURRICHTER/VISCHER, 302f.; EGE/ESCHLE, 284 Rz. 10; GRAF, in: StGB, Annotierter Kommentar, Art. 1 N 5.

27 BIAGGINI, 257 ff.; KLEY, 273; VERDE, Rz. 19.

28 Vgl. BIAGGINI, 260 f.

29 Bezirksgericht Baden vom 11.12.2020, ST.220.122, Erw. 3.2.2; Bezirksgericht Dietikon vom 16.2.2021, GB200022, Erw. 2 ff.

30 Vgl. KOLLY, 354 (bezogen auf die Fälle des Verbots des Schusswaffenerwerbs und des Tragens von Schusswaffen durch Bürger von Ex-Jugoslawien) und BURRICHTER/VISCHER, 303 (bezogen auf die Fälle der Zuwiderhandlungen gegen Massnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie).

31 Kritisch hierzu insbesondere Bezirksgericht Dietikon vom 16.2.2021, GB200022, Erw. 2 unter Verweis auf die «Möglichkeit der Durchsetzung mit unmittelbarem polizeilichen Zwang».

gen darstellen.³² Dass Freiheitsstrafen verhängt werden, ohne dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen hierfür in einem geordneten Gesetzgebungsverfahren festgelegt hat, erscheint generell bedenklich. Tatsächlich ist es auch – und vielleicht sogar gerade – in akuten Krisensituationen geboten, dass der Gesetzgeber seiner ureigenen Aufgabe nachgeht, zu entscheiden, welche Verhaltensweisen unter welchen Voraussetzungen als strafwürdig einzustufen sind. Wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass die Legislative in derartigen Situationen überfordert ist, hinreichend schnell zu reagieren, muss dies nicht zwingend ein Grund dafür sein, dass ersatzweise die Exekutive zu reagieren hat. Tatsächlich wird man sich vielleicht eher auf den Standpunkt stellen dürfen (oder sogar stellen müssen?), dass es sich dann eben um eine Situation handelt, in der mit den Mitteln des Strafrechts nicht adäquat reagiert werden kann.

Für Geldstrafen kann nichts Anderes gelten.³³ Abgesehen davon, dass im Falle des Nichtbezahlens, eine (Ersatz-)Freiheitsstrafe an die Stelle der Geldstrafe tritt, handelt es sich schlicht und einfach auch bei der Geldstrafe um eine Strafe i.S. von Art. 1 StGB.³⁴

Ein weiterer Knackpunkt ist der Umgang mit den Fällen, in denen sich der Verordnungsgeber darauf beschränkt, Übertretungsstrafnormen zu schaffen, die dann vielleicht sogar im Ordnungsbussenverfahren zu ahnden sind. Auch hier gilt, dass Art. 1 StGB über den Art. 104 StGB auch für Übertretungen gilt, d.h.: Auch Geldbussen sind Strafen i.S. von Art. 1 StGB.³⁵ Und wenn man mit dem Bundesgericht davon ausgeht, dass auch für das Ordnungsbussenrecht die Grundsätze des Strafrechts gelten,³⁶ versteht es sich durchaus nicht von selbst, dass das in Art. 1 StGB kodifizierte Gesetzlichkeitsprinzip keine Bedeutung haben soll, wenn es darum geht, Ordnungsbussentatbestände zu schaffen.

Dieser Standpunkt kollidiert allerdings mit dem ganz offenbar verbreitet bestehenden Bedürfnis, Verhaltensvorgaben des Primärrechts möglichst flächendeckend durch strafende Sanktionen im Falle von Zuwiderhandlungen abzusichern – und dies auch in Fällen, in denen die Vorgaben der Primärrechtsordnung durch den Verordnungsgeber erlassen werden, weil der Gesetzgeber nicht schnell genug agieren kann, wie z.B. in den Fällen, in denen es um die Bekämpfung einer Pandemie geht. Wenn es aber nicht gelingt zu zeigen, dass es sich bei Übertretungs- bzw. Ordnungsbussen um etwas qualitativ Anderes handelt als Strafen i.S. von Geld- oder Freiheitsstrafen,³⁷ muss man entweder mit dem unbefriedigenden Ergebnis leben, dass angeblich zentrale rechtsstaatliche Anforderungen hinter das Bedürfnis nach einer effizient umsetzbaren pragmatischen

32 Vgl. insbesondere MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Gastkommentar «Bundesrat darf keine Strafen erlassen», in: NZZ vom 16. April 2020, S. 7.

33 So auch VERDE, Rz. 9 ff.

34 DOLGE in: BSK StGB, Art. 34 N 16 ff.; WOHLERS, in: HK-StGB, Vorbemerkungen zu den Art. 34–55a N 2; TRECHSEL/ KELLER, in: PK-StGB, Art. 34 N 1.

35 HEIMGARTNER, in: BSK StGB, Art. 104 N 2, 13; POPP/BERKEMEIER in: BSK StGB, Art. 1 N 13.

36 BGer vom 10.5.2017, 6B_1007/2016, E. 1.4, mit Anm. SABRINA M KELLER, fp 2018, 92, 94.

37 Zur Diskussion um die Abgrenzung des Kriminalstrafrechts vom Verwaltungs- bzw. Ordnungsstrafrecht vgl. WOHLERS, Deliktstypen, 84 ff.

Lösung zurückzutreten haben, oder man muss nach Wegen suchen, die es dem Gesetzgeber ermöglichen, Regelungen im Vorwege zu erlassen, die der Verordnungsgeber dann «nur» noch auszufüllen hat. Bezogen auf den Fall der Pandemiebekämpfung wäre insbesondere daran zu denken, die Strafnorm des Art. 83 EpG so zu ergänzen, dass möglichst alle Zuwiderhandlungen erfasst werden können, die man als relevant einstuft, und nicht nur die Nichtbefolgung von Quarantäne- und Meldepflichten, die auch jetzt schon über Art. 83 Abs. 1 lit. h und k EpG geahndet werden.

2. Die mangelnde Bestimmtheit der Strafnormen des Corona-Strafrechts

28 Straftatbestände – und damit auch Übertretungstatbestände – müssen, wie eingangs bereits erwähnt, nicht nur dem Gesetzlichkeitsprinzip genügen, sondern darüber hinaus dem Bestimmtheitsgebot. Art. 1 StGB verlangt, dass die erfassten Taten «ausdrücklich» unter Strafe gestellt werden.

29 Das Bestimmtheitsgebot verlangt, dass die Merkmale des strafbaren Verhaltens «im Zeitpunkt seiner Ausführung bestimmt und für jedermann klar erkennbar gewesen sein» muss.³⁸ Welche Anforderungen sich insoweit konkret ergeben, hängt nach Auffassung des Bundesgerichts «von der Komplexität der Regelungsmaterie und der angeordneten Strafe ab. Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann».³⁹

a) Die Verwendung von Blankettstrafnormen

30 Die hinreichende Bestimmtheit einer Strafnorm kann zweifelhaft sein, wenn der Gesetz- oder Verordnungsgeber sog. Blankettstrafnormen schafft,⁴⁰ d.h. Straftatbestände, die auf andere Normen verweisen, und bei denen sich die verbotenen Verhaltensweisen nicht aus dem (Blankett-)Tatbestand allein, sondern erst aus den Verweisungsnormen ableiten lassen. Die Verwendung dieser Regelungstechnik verstösst allerdings nicht per se gegen das Bestimmtheitsgebot,⁴¹ sondern wird erst dann problematisch, wenn die Verweisungsketten derart lang und unübersichtlich sind, dass die Ermittlung des Regelungsgehalts unzumutbar wird⁴² und/oder Normen in Bezug genommen werden, die sich nicht im gleichen Erlass wie die Blankettnorm selbst befinden.⁴³

38 BGE 112 Ia 107 Erw. 3.b); RIKLIN, § 2 N 10.

39 BGer vom 7.3.2018, 6B_1174/2017, Erw. 3.2 = fp 2019, 174 mit Anm. DIEGO R. GFELLER; vgl. auch bereits BGE 119 IV 242 Erw. 1.c); BGE 138 IV 13 Erw. 4.1.

40 EGE/ESCHLE, 289 Rz. 23.

41 Zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Verwendung von Blankettstrafnormen vgl. BGer vom 7.3.2018, 6B_1174/2017, Erw. 3.2 m.w.H. = fp 2019, 174 mit Anm. DIEGO R. GFELLER; WOHLERS, in: HK-StGB, Art. 1 N 9.

42 TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: PK-StGB, Art. 1 N 20; EICKER, 186 ff.

43 WOHLERS, in: HK-StGB, Art. 1 N 9.

Dies ist im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht der Fall. Die Strafnormen der COVID-19-Verordnung 2 verweisen auf andere Normen der gleichen Verordnung, was für sich gesehen das Problem erst einmal entschärft. Andererseits ist zu konstatieren, dass die Normen, auf die verwiesen wird, sehr oft mit sehr weiten und interpretationsbedürftigen Begriffen arbeiten. Damit ist aber die Problematik der Blankettechnik verlassen und der nächste Problembereich erreicht: die Verwendung (zu) abstrakter Begriffe. 31

b) Die Verwendung zu abstrakter Begrifflichkeiten

Das Bundesgericht hat bezogen auf die grundsätzlich gebotene Verwendung möglichst präziser Begriffe relativierend festgehalten, dass Normsetzung anerkanntermassen «ohne ein gewisses Mass an Abstrahierung nicht denkbar ist» und der Gesetzgeber deshalb gar nicht darauf verzichten kann, «in einem gewissen Umfang allgemeine Begriffe zu verwenden, die formal nicht eindeutig umschrieben werden können und an die Auslegung besondere Anforderungen stellen». 32

Bezogen auf die Strafnormen der Covid-19-Verordnung 2 ist zu konstatieren, dass der Verordnungsgeber mit sehr weiten und interpretationsbedürftigen Begriffen arbeitet, wie z.B. dem der durch Art. 6 verbotenen «Veranstaltung», wo sich dann unter anderem die Frage stellt, ob private Veranstaltungen⁴⁵ sowie «Demonstrationen»⁴⁶ einzubeziehen sind. Ein weiteres Beispiel ist das Abhängigmachen der Öffnung eines Betriebs vom Vorliegen eines «genügenden Schutzkonzeptes». Hinzu kommt schliesslich, dass teilweise offene Formulierungen verwendet werden, die lediglich beispielhaften Charakter haben («namentlich»). 33

Andererseits ist festzustellen, dass sich derartige Begrifflichkeiten auch im StGB finden, wo z.B. die Möglichkeit der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe daran hängt, ob eine Tötung als «skrupellos» einzustufen ist oder nicht (vgl. Art. 112 StGB), oder wo verlangt wird, dass der Täter in gemeiner Gesinnung agiert (Art. 231 StGB). Eklatante Beispielfälle aus dem Nebenstrafrecht sind diejenigen Strafnormen des kantonalen Übertretungsstrafrechts, mit denen «unanständiges Verhalten», «ungebührliches Verhalten» oder auch «grober Unfug» unter Strafe gestellt wird.⁴⁷ Und selbst die Verwendung offener Formulierungen («namentlich»), die in der Literatur bezogen auf die Strafnormen der Covid-19-Verordnung 2 als unzulässig beanstandet worden ist,⁴⁸ finden sich auch im StGB.⁴⁹ 34

44 BGE 117 Ia 472 Erw. 3.e); BGE 125 I 369 Erw. 6; 138 IV 13 Erw. 4.1; 141 IV 279 Erw. 1.3.3; EGE/ESCHLE, 289 Rz. 22; WOHLERS, in: HK-StGB, Art. 1 N 8.

45 EGE/ESCHLE, 290 Rz. 24; ROOS/FINGERHUTH, § 26 N 61.

46 EGE/ESCHLE, 290 Rz. 24.

47 TRECHSEL/NOLL/PIETH, 51; vgl. auch DONATSCH/TAG, 31.

48 BURRICHTER/VISCHER, 304; vgl. aber auch POPP/BERKEMEIER, in: BSK StGB, Art. 1 N 31: Die Verwendung der Regelbeispieltechnik sei nicht per se zu beanstanden.

49 Vgl. z.B. Art. 145 («in vergleichbarer Weise») und Art. 181 («andere Beschränkung der Handlungsfreiheit»).

- 35 Dies alles ändert natürlich nichts daran, dass ein gewisses Mindestmass an Bestimmtheit eingehalten werden muss, wenn das Bestimmtheitsgebot nicht zu einem reinen Programmsatz verkommen soll, der Rechtsstaatlichkeit letztlich nur noch vortäuscht. Dass diese Mindestgrenze im Fall der Covid-19-Verordnung 2 noch nicht unterschritten ist, versteht sich im Hinblick auf den Begriff der Waren des täglichen Bedarfs nicht von selbst. Das Bezirksgericht Dietikon hat diesbezüglich vollkommen zu Recht festgehalten:

«Da jedes Produkt irgendein Bedürfnis befriedigt, stellt sich die Frage, ob eine Eingrenzung der als vorrangig angesehenen Bedürfnisse gerade im Hinblick auf eine Notsituation vorgenommen wird. Die Covid-19-Verordnung 2 enthält diesbezüglich einzig die Präzisierung, dass es sich um den «täglichen» Bedarf handeln muss. Eine Eingrenzung auf lebensnotwendige, dringende oder in irgendeiner Weise wichtige Bedürfnisse ist der Verordnung gerade nicht zu entnehmen, obwohl dies zu erwarten wäre. Der Begriff des täglichen Bedarfs schafft jedoch keine Klarheit, da je nach Lebensstil jede Ware zum täglichen Bedarf gehören kann. Z.B. ist nicht einsichtig, weshalb gemäss Strafbefehl Spielwaren nicht zum täglichen Bedarf gehören sollen, wenn man an Haushalte mit Kindern denkt. Wie gesagt kann man diesem Argument nicht entgegenhalten, dass Spielwaren in einer Notsituation entbehrlich seien, denn darauf stellt der Tatbestand gemäss Covid-19-Verordnung 2 gerade nicht ab.»⁵⁰

- 36 Soweit darauf verwiesen wird, dass die Strafrechtspraxis für sich gesehen zu vage Begriffe konkretisieren und so die hinreichende Bestimmtheit von Strafnormen herstellen kann,⁵¹ führt dies im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter, weil diese Methode der Konkretisierung doch voraussetzt, dass es eine entsprechende Praxis überhaupt erst einmal gibt.⁵² Da es aber bei den Strafnormen der Covid-19-Verordnung 2 noch gar keine Praxis gibt – und angesichts der nur relativ kurzen Geltungsdauer der Verordnung realistisch betrachtet gar nicht ergehen konnte, bevor die Strafnormen wieder ausser Kraft treten⁵³ –, kommt es letztlich doch darauf an, ob die Strafnormen selbst dem Bürger hinreichende Orientierung geben.

- 37 Zu erwägen bleibt, ob die mangelnde Bestimmtheit der Strafnormen der Covid-Verordnungen möglicherweise durch die Erläuterungen des BAG und/oder durch die Verlautbarungen in den Pressekonferenzen behoben worden sind, in denen sich der Bundesrat und Vertreter des BAG zur Verbotsmaterie geäußert haben. Tatsächlich ist auf diesem Wege durchaus relevantes kommuniziert worden. So ist z.B. die Frage der Herausnahme von Demonstrationen aus dem Anwendungsbereich des Versammlungsver-

50 Bezirksgericht Dietikon, Urteil vom 16.2.2021, GB200022, Erw. E.2.

51 EGMR vom 25.5.1993, *Kokkinakis v. Griechenland*, Ziff. 52; BGE 125 I 369 Erw. 6; POPP/BERKEMEIER, in: BSK StGB, Art. 1 N 47.

52 Vgl. auch JETZER, 169.

53 EGE/ESCHLE, 291 Rz. 26.

bots weder in der Verordnung selbst, noch in den Erläuterungen thematisiert, sondern auf einer Pressekonferenz kommuniziert worden.⁵⁴

Dass es den Bürgerinnen und Bürgern aber zugemutet werden kann, eine für sich gesehen nicht hinreichend konkrete gesetzliche Grundlage durch Konsultation von Erläuterungen zu konkretisieren, wird man schon deswegen bezweifeln müssen, weil es sich bei den in Frage stehenden Erläuterungen allenfalls um Auslegungshilfen handelt, die darüber hinaus nicht vom Ordnungsgeber selbst, sondern von einem Bundesamt stammen.⁵⁵ Vor allem aber sind die Erläuterungen auch rein faktisch betrachtet nur bedingt geeignet, die notwendige Konkretisierung zu bewirken, weil sie selbst vage und/oder in sich widersprüchlich sind bzw. ebenfalls – nota bene bei unverändert bleibendem Verordnungstext – fortlaufend revidiert wurden. Auch in den Erläuterungen findet sich aber «keine Definition des Begriffs ‹Gegenstände für den täglichen Bedarf›»,⁵⁶ sondern lediglich beispielhafte Aufzählungen, die, wie erwähnt, fortlaufend revidiert wurden.⁵⁷

Und bezogen auf die Verlautbarungen in den Pressekonferenzen des Bundesrats und/oder des BAG bleibt festzuhalten, dass diese den Regelungsgehalt der Verordnung oft gar nicht konkretisiert, sondern – teilweise auch sinnentstellend – vereinfacht haben. Es soll und kann nicht in Abrede gestellt werden, dass in Pressekonferenzen und in Medienmitteilungen notwendigerweise mit kurzen und plakativen Wendungen gearbeitet werden muss. Nur so lässt sich verhindern, dass die eigentliche Message in einem Wust von Detailinformationen untergeht. Genau dies ist jedoch der Grund dafür, dass weder Pressekonferenzen noch Medienmitteilungen das geeignete Instrument sind, um einer für sich gesehen zu vagen gesetzlichen Grundlage den rechtsstaatlich erforderlichen Gehalt an begrifflicher Bestimmtheit zu vermitteln.

54 EGE/ESCHLE, 290 Rz. 24.

55 Ablehnend: Bezirksgericht Baden, Urteil vom 11.12.2020, ST.2020.122, Erw. 3.3: «Bei jenen Erläuterungen handelt es sich nicht um rechtsverbindliche Anordnungen und eine Missachtung derselben kann folglich keine Rechtsgrundlage für eine Bestrafung nach Art. 10f Abs. 1 VCOVID2 darstellen.»; vgl. auch Bezirksgericht Dietikon, Urteil vom 16.2.2021, SB200022, Erw. E.3.1: «Solche Erläuterungen mögen als Auslegungshilfen dienen, können aber eine zu unbestimmte Strafnorm nicht heilen. Zudem wurden die genannten Erläuterungen vom Bundesamt für Gesundheit erlassen, welches nicht die Kompetenz hat, Strafbestimmungen der Legislative oder gegebenenfalls des Bundesrates zu ergänzen.»

56 Bezirksgericht Baden, Urteil vom 11.12.2020, ST.2020.122, Erw. 3.3.

57 Vgl. z.B. die Erläuterungen 02 (Stand 17.3.20), in denen die Tagespresse und Tierfutter als Beispiele von Gütern des täglichen Gebrauchs aufgezählt wurden. In den Erläuterungen 05b (Stand 21.3.20) wurde die Tagespresse durch den weitergehenden Begriff der Presseartikel ersetzt. Wenige Tage später, in den Erläuterungen 06b (Stand 26.3.20), wurde Tierfutter um den ebenfalls definitionsbedürftigen Zusatz der «andere(n) Güter des täglichen Bedarfs für Tiere» erweitert.

c) Die fortlaufende Veränderung der Verbotsmaterie

40 Schliesslich ist zu beachten, dass die Regelungen in den Corona-Verordnungen fortlaufend verändert worden sind.⁵⁸ Die Rede ist davon, dass allein die Covid-19-Verordnung 2 in den ersten zwei Monaten ihrer Geltung 159 Mal verändert worden ist,⁵⁹ wobei man Veränderungen bei den Verweisungsnormen aus strafrechtlicher Perspektive betrachtet nicht anders einstufen kann, als Veränderungen, die direkt in einem Straftatbestand vorgenommen werden, denn bei Blankettstrafnormen ist es für den Bürger vollkommen irrelevant, ob die Blankettstrafnorm selbst oder aber die Verweisungsnorm geändert wird.

d) Konsequenz aus der mangelnden Bestimmtheit der Verbotsmaterie

41 Festzuhalten bleibt: Die Ausgestaltung der Strafnormen der Covid-Verordnungen als Blankettstrafnorm stellt für sich gesehen die Kompatibilität mit dem Bestimmtheitsgebot zwar nicht in Frage. Problematisch ist jedoch, dass der Gesetzgeber auf eine Fülle vager Begriffe zurückgegriffen hat, die weder durch die – noch gar nicht vorhandene – Strafrechtspraxis noch durch die Erläuterungen des BAG hinreichende Konturen erhalten haben. Angesichts dessen, dass der Regelungsgehalt der Normen und die Erläuterungen hierzu einem Wandel in hoher Kadenz ausgesetzt waren, wird man nicht ernsthaft annehmen können, dass es für den Bürger möglich war, sich mit zumutbarem Aufwand und mit hinreichender Sicherheit auf ein brauchbares Ergebnis darüber zu vergewissern, wo die Grenze zwischen dem noch und dem schon nicht mehr erlaubten Verhalten zu einem bestimmten Zeitpunkt konkret verlaufen ist. Allein vor diesem Hintergrund muss man sich die Frage stellen, wann man überhaupt noch von einer Verletzung des Bestimmtheitsgebots sprechen will, wenn nicht hier.⁶⁰

42 Als Konsequenz der mangelhaften Bestimmtheit der Strafnorm wird man den Anwendungsbereich der Norm auf die Fälle beschränken müssen, in denen es um Fälle geht, die sowohl nach Wortlaut als auch nach der Ratio legis der Strafnorm als klarerweise von dieser erfasst zu qualifizieren sind. Bei Fallgestaltungen, für die dies nicht angenommen werden kann, scheidet eine Strafbarkeit dagegen aus.⁶¹ Genau aus diesem Grunde haben die mit der Sache befassten erstinstanzlichen Gerichte vollkommen zu Recht die Filialleiter von Grossverteilern freigesprochen, die Produkte verkauft haben, bei denen zweifelhaft war (und ist), ob es sich bei diesen um Güter des täglichen Bedarfs handelt oder nicht.⁶²

58 Vgl. hierzu BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, 686 f.; BURRICHTER/VISCHER, 303; EGE/ESCHLE, 289 Rz. 24.

59 MÄRKLI, 60.

60 Im Ergebnis übereinstimmend: EGE/ESCHLE, 291 Rz. 26; VERDE, Rz. 5 f.

61 Vgl. – anhand der parallelen Problematik bei Art. 87 HMG – BGer vom 11.12.2012, 6B_771/2011, Erw. 2.4 f.

62 Vgl. NZZ vom 17. Februar .2021, S. 11 sowie Bezirksgericht Baden, Urteil vom 11.12.2020, ST.2020.122, Erw. 3.3; Bezirksgericht Dietikon, Urteil vom 16.2.2021, SB200022, Erw. E.2 f.

3. Das Corona-Verordnungs-Strafrecht und die Rückwirkung des milderen Gesetzes

Dass eine Strafnorm nur auf Verhaltensweisen angewandt werden darf, die nach dem Inkrafttreten der entsprechenden Strafnorm begangen worden sind, kann ebenfalls als eine Konsequenz des Gesetzlichkeitsprinzips verstanden werden: Wenn die Strafbarkeit das Bestehen einer einschlägigen strafrechtlichen Norm zur Voraussetzung hat und wenn diese Strafnorm dem Bürger Verhaltensorientierung ermöglichen soll, kann die Strafbarkeit nicht rückwirkend begründet werden.⁶³

Grundsätzlich gilt deshalb, dass Verhaltensweisen nur dann strafbar sind, wenn sie vor der Tat gesetzlich als strafbar erklärt worden sind (nullum crimen sine lege praevia).⁶⁴

Beispiel 1: Werden am 20.4. öffentliche Versammlungen von mehr als 10 Personen verboten, sind Versammlungen von 12 Personen, die am 19.4. stattgefunden haben, nicht strafbar. Dies gilt unabhängig davon, ob öffentliche Versammlungen vor dem 20.4. generell nicht erfasst waren oder aber erst dann, wenn es z.B. mehr als 20 Personen waren.

Andersherum gilt ebenfalls: Wird ein strafbares Verhalten nachträglich als nicht strafbar eingestuft, ist nach Art. 2 Abs. 1 StGB das mildere Gesetz anzuwenden (sog. Lex mitior-Regelung).⁶⁵

Beispiel 2: Waren vor dem 20.4. Versammlungen von mehr als 10 Personen strafbar und wird das Gesetz dann im Mai dahingehend verändert, dass nun Versammlungen mit bis zu 50 Personen erlaubt sind, schliesst dies auch die Strafbarkeit einer Versammlung von 12 Personen aus, die sich am 19.4. versammelt haben. Gleiches gilt natürlich dann, wenn ein strafrechtliches Verbot völlig ausser Kraft tritt: Das gar nicht mehr existente Strafgesetz ist das mildeste Strafgesetz, das man sich vorstellen kann.⁶⁶

Von der Regelung, der Anwendung des milderen Gesetzes (lex mitior) gibt es wiederum eine Ausnahme für sog. Zeitgesetze, d.h. für Strafnormen, die «von vornherein nur für eine bestimmte Zeit erlassen» worden sind.⁶⁷ Zuwiderhandlungen gegen Zeitgesetze in diesem Sinne sind und bleiben auch dann gemäss den zum Zeitpunkt der Tatausführung geltenden Strafnormen strafbar, wenn die Strafnorm zu einem späteren Zeitpunkt gemildert oder sogar gänzlich abgeschafft wird.⁶⁸ Dies gilt jedenfalls für Veränderungen, die nach dem Zeitpunkt erfolgen, zu dem die Strafnorm ausser Kraft treten sollte; erfasst ist also vor allem der Fall, dass nach dem Ablauf der Geltungsdauer des Zeitgesetzes eine

63 Vgl. STRATENWERTH, § 4 N 3.

64 WOHLERS, in: HK-StGB, Art. 2 N 2.

65 WOHLERS, in: HK-StGB, Art. 2 N 5.

66 TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: PK-StGB, Art. 2 N 6.

67 BGE 89 IV 113 Erw. 1.a); BGE 102 IV 202 Erw. 2.b); 105 IV 1 Erw. 1; 116 IV 258 Erw. 4.b).

68 BGE 97 IV 233 Erw. 3; BGE 105 IV 1 Erw. 1; BGE 116 IV 258 Erw. 4.

mildere Strafnorm an die Stelle der ursprünglichen Strafnorm tritt oder aber die Strafbarkeit mangels einer Strafnorm gänzlich entfällt. Anders liegt es dann, wenn es während der befristeten Geltungsdauer zu Modifizierungen der Strafnorm kommt; in diesen Fällen ist dann doch die Lex mitior-Regelung anzuwenden, d.h.: Wenn die Strafnorm abgemildert bzw. ihr Anwendungsbereich eingeengt wird, ist die mildere/engere Fassung der Norm auch auf die Fälle anzuwenden, die noch unter Geltung der schärferen/weiteren Variante begangen worden sind.

47 Für die Strafbestimmungen der Covid-19-Verordnung 2, bei der es sich nach Art. 12 Abs. 3 der Verordnung um ein Zeitgesetz handelt,⁶⁹ folgt aus alledem: Die nach dem Auslaufen der Geltung der Verordnung eintretende Strafflosigkeit ändert an der Strafbarkeit der während der Geltung der Verordnungen begangenen Delikte nichts. Soweit Einschränkungen des Anwendungsbereichs dagegen während der vorgesehenen Geltungsdauer der Verordnung vorgenommen worden sind, sind diese relevant, d.h.: Es ist grundsätzlich die Fassung der Verordnung zugrunde zu legen, die bei der Vornahme der in Frage stehenden Handlung in Geltung war. Wenn aber nach der Vornahme der Handlung der Anwendungsbereich der Strafnorm eingeengt worden ist, ist diese für den Betroffenen mildere Fassung auch auf Handlungen anzuwenden, die zeitlich vor dem Inkrafttreten der engeren Fassung vorgenommen worden sind. Kann das in Frage stehende Verhalten unter Zugrundelegung der mildesten Fassung nicht als strafbar eingestuft werden, hat ein Freispruch zu erfolgen.

48 Ist eine Strafe verhängt worden, ist diese aber zu dem Zeitpunkt, als die Fassung der Verordnung in Kraft tritt, nach der das Verhalten nicht mehr strafbar ist, noch nicht vollzogen worden, steht Art. 388 Abs. 2 StGB nach hier vertretener Auffassung dem Vollzug der verhängten Strafe entgegen. In der Literatur wird allerdings auch die weitergehende Auffassung vertreten, dass sich aus Art. 388 Abs. 2 StGB ergeben soll, dass ein Vollzug etwaiger Strafen nach dem Zeitpunkt der Aufhebung der Strafnormen der COVID-Verordnungen generell nicht mehr möglich ist.⁷⁰ Dem wird man aber bereits deshalb nicht folgen können, weil man dann ein Verfahren durchführen müsste, obwohl man weiss, dass eine Sanktion nicht vollzogen werden kann. Der Anwendungsbereich des Art. 388 Abs. 2 ist deshalb richtigerweise auf die Fälle zu beschränken, in denen Art. 2 Abs. 2 StGB zur Anwendung gekommen wäre, wenn man nur zum Zeitpunkt der Entscheidung schon gewusst hätte, dass die in Frage stehende Strafnorm vor dem Ablauf der vorgesehenen Geltungsdauer abgemildert werden würde. Gleiches gilt für die Fälle, in denen eine bereits erfolgte Abmilderung übersehen wurde; hier ist wenigstens auf den Vollzug der – zu Unrecht – verhängten Sanktion zu verzichten.

69 So auch ROOS/FINGERHUTH, § 26 N 65.

70 ROOS/FINGERHUTH, § 26 N 66.

V. Was folgt aus alledem?

Die traditionellen Straftatbestände des Strafgesetzbuches werden weder bei der Auf- 49
arbeitung der Fälle der zur Infizierung anderer führenden Zuwiderhandlungen gegen
Massnahmen zur Pandemiebekämpfung noch bei der Ahndung des Erschleichens und/
oder der zweckwidrigen Verwendung von Corona-Beihilfen eine grössere Rolle spielen.
Dies ist ein Faktum, aber nicht zwingend ein Manko. Würde die Rechtsprechung die
Auslegung der Anwendungsvoraussetzungen so anpassen, dass diese auf die in Frage
stehenden Fälle Anwendung finden können, hätte dies notwendigerweise Konsequen-
zen, die weit über die hier in Frage stehenden Fallgestaltungen hinausgehen. Gleiches
würde gelten, wenn der Gesetzgeber die Nichtanwendbarkeit zum Anlass nimmt, die
Straftatbestände zu revidieren. In beiden Fällen müsste man bereit sein, die damit ein-
hergehenden Konsequenzen hinzunehmen.

Beispielhaft: Wenn man das Erschleichen von Corona-Beihilfen als Betrug ahnden
möchte, muss man die Anforderungen an die Arglist so ausgestalten, dass eine einfache
Lüge auch dann als arglistig zu qualifizieren ist, wenn für den Täter voraussehbar
ist, dass die andere Seite bewusst darauf verzichtet, irgendwelche Überprüfungen vor-
zunehmen. Des Weiteren müsste man entweder in der bewussten Weggabe von Vermö-
genswerten ohne Gegenleistung schon für sich gesehen einen betrugsrechtlich
relevanten Schaden erblicken oder man müsste die Verfehlung eines intendierten
sozialen Zwecks als Vermögensschaden anerkennen. Dies alles hätte eine grundlegende
Umgestaltung der tradierten Konzepte der Anwendungsvoraussetzungen des
Art. 146 StGB und damit einhergehend des Anwendungsbereichs der Strafnorm zur
Folge. Will man nur für bestimmte Fallgruppen von den tradierten Grundsätzen der
Betrugsdogmatik abweichen, bleibt nur die Lösung, dass der Gesetzgeber – oder im
vorliegenden Zusammenhang: der Ordnungsgeber – entsprechende Spezialtatbe-
stände schafft, wie dies mit Art. 23 SolidarbürgschaftsVO geschehen ist und wie es
nun in Art. 25 Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz (SBüG) auch in der Form eines for-
mellen Gesetzes geschehen ist.

Die Strafnormen des Corona-Verordnungs-Strafrechts, insbesondere die Strafnorm des 50
Art. 10d bzw. Art. 10f Covid-19-Verordnung 2 sind aus mehreren Gründen rechtsstaat-
lich höchst bedenklich. Als unvereinbar mit dem Gesetzlichkeitsprinzip wird man jeden-
falls den Vergehenstatbestand des Art. 10d Abs. 1 bzw. Art 10f Abs. 1 einzustufen haben.
Die Bedenken, die insoweit zu erheben sind, richten sich grundsätzlich in gleicher Weise
auch gegen die Übertretungstatbestände des Art. 10d Abs. 2 bzw. Art. 10f Abs. 2, bei
denen aber realistischerweise damit zu rechnen ist, dass die h.M. aus pragmatischen
Gründen an der Zulässigkeit von Übertretungstatbeständen durch den Ordnungsge-
ber festhalten wird.

Die Straftatbestände der Corona-Verordnungen zeigen darüber hinaus die Grenzen 51
auf, die das Bestimmtheitsgebot dem Einsatz strafrechtlichen Zwangs setzt, wenn es
darum geht, mit Strafnormen auf sich ständig wandelnde Sachverhalte reagieren zu müs-

sen bzw. reagieren zu wollen. Strafnormen, die eine sich in einem fortlaufenden hektischen Umwandlungsprozess befindliche Verbotsmaterie erfassen sollen, können dem, was wir mit dem Etikett des Bestimmtheitsgebots bezeichnen, nicht entsprechen, weil man entweder mit rechtsstaatlich unhaltbaren «Catch all-Tatbeständen» arbeiten muss und die Verbotsmaterie so rasant wechselt, dass niemand – und schon gar nicht der Verhaltensorientierung suchende Bürger selbst – in der Lage ist, verlässlich zu ermitteln, was in einem bestimmten Zeitpunkt als strafrechtlich noch erlaubt oder schon verboten zu qualifizieren ist.

- 52 Es erscheint dringend geboten, dass der Gesetzgeber im Nachgang der Pandemie noch einmal über die Bücher geht und die Strafnormen des Epidemiegesetzes überarbeitet und um die Regelungen ergänzt, die notwendig sind, um die Ahndung von Zuwiderhandlungen gegen Massnahmen der Pandemiebekämpfung auf diese Normen stützen zu können. Soweit sich derartige Regelungen nicht «auf Vorrat» schaffen lassen, wird man entweder Mechanismen entwickeln müssen, die dem Gesetzgeber ein rasches Reagieren bzw. Nachjustieren ermöglichen, oder man muss Strafbarkeitslücken hinnehmen und stattdessen auf andere Instrumente ausweichen, wie z.B. die Anwendung polizeilichen Zwangs. Dass einfach weiterhin unverdrossen auf die Karte «Strafrecht» gesetzt und dabei als angeblich «alternativlos» hingenommen wird, dass der Ordnungsgeber an die Stelle des Gesetzgebers treten muss, ist allenfalls dann zu akzeptieren, wenn etwaige Alternativen zuvor tatsächlich ernsthaft evaluiert und begründet verworfen worden sind. Dass man es «schon immer so gemacht» hat, ist ebenso wenig ein brauchbares Argument wie die gerade im Hinblick auf den Einsatz strafrechtlichen Zwangs höchst fragwürdige Erwägung, diese Lösung sei «kostengünstig und effizient».

Literatur

- BIAGGINI, GIOVANNI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl. 2020, 239–267
- BRUNNER, FLORIAN/WILHELM, MARTIN/UHLMANN, FELIX, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, AJP 2020, 685–701
- BURRICHTER, ANNIKA/VISCHER, MORITZ, Der Vergehenstatbestand nach Art. 10f Abs. 1 der COVID-19-Verordnung 2, fp 2020, 300–306
- DOLGE, ANETTE, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar StGB, Band I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 34
- DOMENGHINI, FEDERICO/SCHWAB, STEPHANIE, COVID-19-Kredite: Zu Unrecht bezogen oder verwendet?, TREX, 206, 207f. (französische Fassung: Crédits COVID-19: Perçus ou utilisés à tort?, TREX 2020, 210ff.)
- DONATSCH, ANDREAS/TAG, BRIGITTE, Strafrecht I, 9. Aufl., Zürich 2013
- DONATSCH, ANDREAS/THOMMEN, MARC/WOHLERS, WOLFGANG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 5. Aufl., Zürich 2017
- EGE, GIAN/ESCHLE, DAVID, Das Strafrecht in der Krise, sui-generis 2020, 279–294
- EICKER, ANDREAS, Zur Ermittlung des Bestimmtheitsgefälles von Strafvorschriften im Nebenstrafrecht, ZStrR 2014, 168–193

- GETH, CHRISTOPHER, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018, Vor Art. 122
- GRAF, DAMIAN K., in: Damian K. Graf (Hrsg.), StGB, Annotierter Kommentar, Bern 2020, Art. 1
- HEIMGARTNER, STEFAN, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar StGB, Band I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 104
- INDERBITZIN, MANUEL, in: Damian K. Graf (Hrsg.), StGB, Annotierter Kommentar, Bern 2020, Art. 251
- JETZER, LAURA, Das Bestimmtheitsgebot im Kartellstrafrecht, Recht 2013, 169–181
- KLEY, ANDREAS, Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen – Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl. 2020, 268–276
- KOLLY, GILBERT, Selbständige Verordnungen als Grundlage für Freiheitsstrafen, SJZ 89 (1993), 352–355
- KUNZ, KARL-LUDWIG, Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht, ZStrR 1990, 39–67
- MÄRKLI, BENJAMIN, Notrecht in der Anwendungsprobe – Grundlegendes am Beispiel der COVID-19-Verordnungen, Sicherheit & Recht 2020, 59–67
- MÄRKLI, BENJAMIN/GUT, MORITZ, Missbrauch von Krediten nach COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung, AJP 2020, 722–738
- NAY, MARTIN, Vorentwurf eines Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes, Expert Focus 2020, 607–611
- POPP, PETER/BERKEMEIER, ANNE, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar StGB, Band I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 1
- RIKLIN, FRANZ, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – Verbrechenlehre, 4. Aufl., Zürich 2013
- ROOS, EVELINE/FINGERHUTH, THOMAS, COVID-19: Straf- und strafprozessrechtliche Implikationen, in: COVID-19, Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), Basel 2020, § 26
- SEELMANN, KURT/GETH, CHRISTOPHER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016
- STRATENWERTH, GÜNTER, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Bern 2011
- TRECHSEL, STEFAN/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, MARC THEODOR, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 1
- TRECHSEL, STEFAN/KELLER, STEFAN, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 34
- TRECHSEL, STEFAN/NOLL, PETER/PIETH, MARK, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 7. Aufl., Zürich 2017
- VERDE, MICHEL, Das Legalitätsprinzip und die Strafnorm Art. 10f Abs. 1 Covid-19-Verordnung 2, Jusletter 10. Mai 2021
- WOHLERS, WOLFGANG, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik «moderner» Gefährdungsdelikte, Berlin 2000
- WOHLERS, WOLFGANG, Rechnungen als (taugliches) Tatobjekt einer Falschbeurkundung, fp 2021, 27–32
- WOHLERS, WOLFGANG, in: Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi/Stephan Schlegel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020, Art. 1

Triagerichtlinien: Übersetzungsprobleme zwischen Medizin, Ethik, Ökonomie und Recht

Bijan Fateh-Moghadam

Inhaltsverzeichnis	Rz.
I. Virologische Kommunikation: Zu wenig und zu viel Resonanz auf die Risiken der Corona-Pandemie	1
II. «Triage» als negativer Fluchtpunkt der Corona-Pandemie	5
III. Fakten und Normen: Epistemische Grundlagen der Triage-Debatte	7
A. Medizinisches Wissen	8
B. Gesundheitsökonomisches Wissen	15
C. Ethische Normen	17
D. Rechtsnormen	19
IV. Thesen	27

I. Virologische Kommunikation: Zu wenig und zu viel Resonanz auf die Risiken der Corona-Pandemie

Wie schwierig es für moderne Gesellschaften ist, sich auf die globale Verbreitung einer Infektionskrankheit einzustellen, lässt sich in der Corona-Pandemie wie unter einem Brennglas beobachten. Die Naturwissenschaften, vor allem in Gestalt der Virologie, der Epidemiologie und der Intensivmedizin, weisen seit Beginn der Pandemie immer wieder auf die Notwendigkeit hin, die weitere Ausbreitung des Coronavirus durch harte Kontaktbeschränkungen («Lockdown») einzudämmen. Vor allem in wirtschaftlichen Kreisen (Detailhandel, Tourismus) stossen derartige Massnahmen wegen befürchteter kurzfristiger Umsatz- und Gewinneinbussen auf Widerstand. Die Politik reagiert zögerlich, uneinheitlich und nicht immer konsequent. Juristinnen und Gerichte weisen auf fehlende Rechtsgrundlagen für epidemiologische Massnahmen und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit hin. Hieran bestätigt sich der Kern dessen, was NIKLAS LUHMANN in seiner klassischen soziologischen Studie «Ökologische Kommunikation»¹ aus dem Jahr 1986 gezeigt hat: Unsere Gesellschaft kann nur mit «Bordmitteln», also mit den ihr zur Verfügung stehenden Informationsverarbeitungskapazitäten auf Umweltprobleme wie etwa den Klimawandel oder eben eine Pandemie reagieren.² Resonanzfähig sind moderne Gesellschaften daher nur nach Massgabe der Strukturen ihrer jeweiligen Funktionssysteme, etwa der Wissenschaft, der Wirtschaft, der Politik und des Rechts, während es an einem koordinierenden Zentrum fehlt, welches die vielfältigen Perspektiven bündeln

1 LUHMANN, Ökologische Kommunikation, *passim*.

2 LUHMANN, Ökologische Kommunikation, S. 221.

und in eine konzertierte Reaktion umsetzen könnte. Der beschriebene Befund sehr unterschiedlicher Perspektiven auf die Corona-Pandemie passt insoweit in das Bild einer funktional differenzierten Gesellschaft: *Epidemiologisch* (wissenschaftlich) zwingend gebotene Kontaktbeschränkungen sind eben nicht notwendig *wirtschaftlich* und unter bestimmten Voraussetzungen *rechtlich* unverhältnismässig. Was umgekehrt aus Sicht der Wirtschaft existentiell erscheinen mag (Öffnen um jeden Preis!), kann medizinisch unvernünftig, ethisch unvertretbar und rechtswidrig sein. Die Politik wiederum wägt beim Corona-Management bei jeder präventivmedizinischen Massnahme ab, wie sich diese auf die Chancen des eigenen Machterhalts auswirkt. Jedes Funktionssystem sieht also etwas anderes, wenn es die Corona-Pandemie als Teil seiner Umwelt beobachtet. Daher unterscheiden sich nicht nur die Lösungsvorschläge, sondern bereits die Problemstellungen, je nachdem, ob man als Epidemiologin, Ökonomin, Politikerin oder Juristin mit dem Coronavirus konfrontiert wird. So wird die Pandemie im Rechtssystem überhaupt nur dann sichtbar, wenn sie sich rechtsförmig, etwa als vor den Gerichten ausgetragener Streit über die Rechtmässigkeit von Kontaktbeschränkungen, darstellen lässt. Die verbreitete Vorstellung, in einer interdisziplinären Corona Task Force arbeite man aus verschiedenen Perspektiven an der Lösung für ein gemeinsames Problem, ist daher zu einfach.

- 2 Anders als es die soziologische Diagnose einer «Epistemisierung des Politischen» behauptet,³ geht der Corona-Diskurs also keineswegs in von naturwissenschaftlichen Expertinnen dominierten Wissenskonflikten auf. Dass die Politik und das Recht von Epidemiologinnen und anderen Wissenschaftsexpertinnen gewissermassen ferngesteuert und wir uns zu einer «Epistemokratie» entwickeln würden,⁴ ist selbst Teil der Verschwörungstheorien, die gegenwärtig aus der Mitte der sogenannten «Querdenker»-Bewegung verbreitet werden. Diese Theorien sind auch keine fehlgeleiteten, aber – wenn man der Diagnose ALEXANDER BOGNER folgen würde – im Kern berechtigten «Revoluten gegen die Macht des Wissens»⁵. Vielmehr handelt es sich um antidemokratische, überwiegend rechtspopulistische und zum Teil antisemitische Kräfte, welche antiintellektuelle Reflexe in Teilen der Bevölkerung für einen Angriff auf die liberale Demokratie zu instrumentalisieren versuchen.⁶
- 3 Es sind die strukturellen Bedingungen funktionaler Differenzierung und nicht die mangelnde Lernfähigkeit von individuellen Akteurinnen, die zu dem soziologischen Befund führen, dass moderne Gesellschaften im Zweifel zu *wenig Resonanz* auf ökologi-

3 BOGNER, *passim*.

4 BOGNER, S. 17, 110 ff. Epistemokratie bezeichnet nach BOGNER die Herrschaft der Wissensförmigkeit (S. 119), die er von der Herrschaft der Expertinnen unterscheiden möchte; beides liegt aber doch nahe beieinander, da Diskurse, die wissenschaftsförmig geführt werden, i.d.R. von Expertinnen dominiert werden.

5 BOGNER, S. 11.

6 Für eine erhellende empirische Untersuchung der Corona-Protestbewegung vgl. NACHTWEY/SCHÄFER/FREI, *passim*.

sche wie virologische Bedrohungen erzeugen,⁷ was sich gegenwärtig durch immer neue «Corona-Wellen» bestätigt. Auch das gleichzeitige Auftreten von neuen sozialen Protestbewegungen, die im Falle der Corona-Pandemie zu Maximalforderungen in entgegengesetzte Richtungen tendieren (No Lockdown!/Zero Covid!), hatte LUHMANN bereits in der ökologischen Kommunikation in seine Überlegungen miteinbezogen.⁸ Aus seiner – insoweit nicht unproblematischen – Sicht ist dies ein Beispiel für *zu viel*, aber letztlich folgenlose Resonanz auf moderne Grossgefahren, da der Protest die Bedingungen funktionaler Differenzierung, an denen er letztlich scheitern werde, nicht in Rechnung stelle.⁹

Ungeachtet durchaus bestehender offener Fragen und Kritikpunkte an der hier knapp skizzierten systemtheoretischen Analyse lässt sich daraus zumindest lernen, dass wir die gegenwärtige Krise nur dann verstehen, wenn wir sie multiperspektivisch denken. So kommt es auch mit Blick auf die Kontroverse über die Triage-Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW), um die es jetzt gehen soll, vornehmlich darauf an, die beteiligten gesellschaftlichen und disziplinären Perspektiven auseinanderzuhalten.

II. «Triage» als negativer Fluchtpunkt der Corona-Pandemie

Spätestens mit dem – medial nahezu in Echtzeit verfolgbar – Zusammenbruch der intensivmedizinischen Versorgung in der Lombardei im Frühjahr 2020 dominiert in wissenschaftlich informierten Kreisen die Einsicht, dass die Corona-Pandemie nicht therapeutisch, sondern nur präventivmedizinisch bewältigt werden kann.¹⁰ Die Vereinigungen der Intensivmedizinerinnen und der Epidemiologinnen vermitteln diese Erkenntnis dankenswerter Weise immer wieder der Öffentlichkeit.¹¹ Ziel der Kontaktbeschränkungen, Testungen und Impfungen ist es, zu verhindern, dass behandlungsbedürftige und behandelbare Patientinnen sterben müssen, weil es nicht mehr genug Intensivkapazitäten gibt. Die Bilder eines überlasteten Gesundheitssystems aus Bergamo sowie die nachfolgenden gesellschaftlichen und juristischen Auseinandersetzungen darüber, ob hier Menschenleben vorwerfbar nicht gerettet wurden,¹² haben deutlich gemacht, dass nicht nur die beteiligten Medizinerinnen und Pflegerinnen moralisch überfordert sind, wenn sie entscheiden sollen, wer in einer Pandemie eine Chance zu überleben erhält und wer sterben muss.¹³ Aus guten *normativen* Gründen hat sich daher in der Gesundheitspolitik der moralische Imperativ weitgehend durchgesetzt: Tue alles, um die Notwendigkeit der

7 LUHMANN, Ökologische Kommunikation, S. 218 ff.

8 LUHMANN, Ökologische Kommunikation, S. 227 ff.

9 LUHMANN, Ökologische Kommunikation, S. 225 (in Bezug auf die Aufnahme der Forderungen von Protestbewegungen durch die Politik).

10 NACOTI et al., *passim*.

11 Vgl. hierzu das historische «The John Snow Memorandum» (ALWAN et al., *passim*); ferner SARACCI, *passim* («Prevention Is a Strategic Principle, Not an Option»).

12 The Guardian vom 8.7.2021.

13 Vgl. hierzu auch HUSTER, S. 97.

Triage zu vermeiden! Gleichwohl haben medizinische Fachgesellschaften in Europa für den Fall einer Ressourcenknappheit in der Intensivmedizin Richtlinien, Leitlinien und Empfehlungen für die Patientenauswahl entwickelt.¹⁴ Für die Schweiz hat die SAMW im März letzten Jahres Richtlinien für die Triage in der Intensivmedizin publiziert und unter dem Druck öffentlicher Kritik inzwischen dreimal erheblich überarbeitet.¹⁵ Sie zielen im Kern darauf ab, die Anzahl der geretteten Patientinnen im Falle der pandemiebedingten Ressourcenknappheit dadurch zu maximieren, dass Patientinnen mit relativ schlechteren – aber gleichwohl realistischen – Erfolgsaussichten vom Zugang zur Intensivmedizin ausgeschlossen werden.¹⁶ Die Erfolgsaussicht wird dabei massgeblich durch eine Kombination von Alter und Gebrechlichkeit gemäss der Clinical Frailty Scale ermittelt.¹⁷ Je älter eine Patientin ist und umso mehr sie auf fremde Hilfe im Alltag angewiesen ist, desto geringer sind ihre Chancen, im Falle einer tatsächlichen oder auch nur bevorstehenden¹⁸ Ressourcenknappheit intensivmedizinisch behandelt zu werden. Selbst Patientinnen, die bereits mit Aussicht auf Erfolg intensivmedizinisch behandelt werden, müssen in der Schweiz damit rechnen, dass ihnen das Beatmungsgerät zugunsten einer jüngeren Patientin mit relativ besserer kurzfristiger Prognose wieder weggenommen wird.¹⁹ Juristisch bedeutet dies eine sowohl direkte als auch indirekte Diskriminierung von mit Erfolgsaussicht behandelbaren Patientinnen, die alt, krank oder behindert sind.²⁰

6 Über die ethische Angemessenheit und die Rechtmässigkeit der von der SAMW empfohlenen Triage-Kriterien wird nicht nur in der Zivilgesellschaft, sondern auch innerhalb der Universitäten eine kontroverse interdisziplinäre Diskussion geführt.²¹ Im vorliegenden Beitrag soll es indes nicht um die inhaltliche juristische Kritik an den Triage-Richtlinien gehen, die ich an anderer Stelle ausführlich begründet habe;²² vielmehr interessiere ich mich für die erkenntnistheoretischen bzw. epistemischen Prob-

14 DIVI et al., Entscheidungen über die Zuteilung intensivmedizinischer Ressourcen in der Covid-19-Pandemie, 2. überarbeitete Fassung vom 17.4.2020.

15 SAMW, Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, aktualisierte Version 3.1 vom 17. Dezember 2020; zur Chronologie der vier Versionen vgl. <<https://www.samw.ch/de/Ethik/Themen-A-bis-Z/Intensivmedizin/Chronologie-Richtlinien-Triageentscheidungen.html>>; zur Kritik vgl. das Kurzgutachten von Inclusion Handicap, <https://www.inclusion-handicap.ch/admin/data/files/asset/file_de/627/covid_triage_kurzgutachten_def.pdf?lm=1604994608>.

16 SAMW (Fn. 15), S. 4.

17 SAMW (Fn. 15), S. 4 f.

18 Gemäss «Stufe A» der SAMW-Richtlinien, vgl. SAMW (Fn. 15), S. 6.

19 Sog. nachträgliche Triage durch Abbruch der laufenden intensivmedizinischen Behandlung, vgl. SAMW (Fn. 15), S. 7 f.

20 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 308 ff.; SCHWESTERMANN/TOBLER, Rz. 28 ff. (zu einer früheren Fassung der Richtlinien).

21 Vgl. etwa die Repliken von medizinischer und wirtschaftswissenschaftlicher Seite (<<https://www.unibas.ch/de/Aktuell/News/Uni-Research/Corona-und-Triage--Wer-soll-behandelt-werden--wer-nicht--Zwei-Repliken..html>>) auf ein Interview des Verfassers (<<https://www.unibas.ch/de/Aktuell/News/Uni-Research/Covid-19-und-Intensivmedizin-Wir-brauchen-eine-oeffentliche-Diskussion-ueber-die-gerechte-Verteilung-von-lebensrettenden-Ressourcen.html>>).

22 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, *passim*; DIES., Verfblog, *passim*.

leme, die sich aus der Interdisziplinarität der akademischen Diskussion ergeben. In diesem «Streit der Fakultäten» treffen ethische, rechtswissenschaftliche, ökonomische und medizinische Ansichten ungesteuert aufeinander. Angesichts einer drohenden Konfusion der Perspektiven im interdisziplinären Stimmengewirr ist zu betonen, dass es hier nicht darum gehen kann, «wer Recht hat», sondern darum, wer für welche Art von Aussagen qualifiziert und zuständig ist. Diese Frage nach dem Status von wissenschaftlichen Aussagen im Kontext von Verteilungsentscheidungen in der Intensivmedizin²³ wird nachfolgend unter dem Gesichtspunkt der epistemischen Grundlagen der Triage-Debatte in den Blick genommen.

III. Fakten und Normen: Epistemische Grundlagen der Triage-Debatte

Im Hinblick auf die akademische Triage-Debatte kommt es darauf an, den Status der Aussagen zu sortieren, die aus fachdisziplinärer Sicht jeweils vernünftigerweise getroffen werden können. Damit verbunden ist die Frage nach der Kompetenzverteilung zwischen Medizin, Ökonomie, Ethik und Recht in Bezug auf (bestimmte) *deskriptive* und *analytische* Aussagen einerseits und *präskriptive* bzw. *normative* Aussagen über Verteilungsfragen andererseits. Dieser Abschnitt ist also primär wissenschaftstheoretisch und nicht normativ motiviert. Dabei geht es nicht um Sprechverbote, sondern darum, daran zu erinnern, dass es zum Proprium der Wissenschaft gehört, die Grenzen der eigenen Disziplin zu reflektieren:²⁴ Was kann man als Medizinerin, Ökonomin, Philosophin, Rechtswissenschaftlerin mit *akademischer* Autorität zum Problem der Triage sagen – und was ist lediglich eine mehr oder weniger gut informierte Privatmeinung wie jede andere?

A. Medizinisches Wissen

Es liegt auf der Hand, dass medizinischem Wissen für die Frage der Priorisierung von Patientinnen in der Intensivmedizin unter Bedingungen knapper Ressourcen massgebliche Bedeutung zukommt. Die Medizin als «Wissenschaft vom gesunden und kranken Menschen sowie von den Ursachen, Wirkungen, der Vorbeugung und Heilung von Krankheiten»²⁵ erlaubt deskriptive und analytische Urteile (Hypothesen) über den Gesundheitszustand von Covid-19-Patientinnen und über ihren weiteren Krankheitsverlauf mit und ohne (intensiv-)medizinische Behandlung. Sie kann im Kontext der Triage zunächst angeben, ob eine intensivmedizinische Behandlung *individuell* medizinisch indiziert oder aussichtslos (*futile*) ist. Die medizinische Indikation ist dabei nicht relativ zu anderen Patientinnen zu bestimmen, sondern, wie stets, ausschliesslich anhand der Frage zu beantworten, ob eine intensivmedizinische Therapie für diese individuelle Patientin mehr gesundheitliche Chancen als Risiken und Nachteile verspricht. Es handelt

23 Grundlegend GUTMANN/LAND, Verteilungsentscheidungen, S. 355 ff.; DIES., Organverteilung, S. 87 ff.; GUTMANN/FATEH-MOGHADAM, Rechtsfragen, S. 41 ff.

24 GROEBNER, S. 37 f.

25 Pschyrembel Online, Medizin, <<https://www.pschyrembel.de/Medizin/K0DUW>>.

sich mithin um eine Frage, die unabhängig von Ressourcenüberlegungen zu beantworten ist.²⁶ In die Überlegungen zur Verteilung knapper lebensrettender Ressourcen wird eine Patientin nur dann einbezogen, wenn die intensivmedizinische Behandlung für sie indiziert ist. Die individuelle medizinische Indikation bildet gewissermassen den Eingangstrichter, um in den Pool derjenigen Patientinnen zu gelangen, die bei der Verteilung zwingend zu berücksichtigen sind. Bei der Triage geht es also ausschliesslich um Patientinnen, bei denen eine intensivmedizinische Behandlung nicht aussichtslos ist. Anders als Vertreterinnen der SAMW in öffentlichen Stellungnahmen in den Medien immer wieder behaupten, gibt es mithin niemanden, der Ärztinnen dazu zwingen möchte, aussichtslose Behandlungen durchzuführen.²⁷ Die SAMW-Richtlinien erkennen dies in erfreulicher Deutlichkeit an, indem sie verlangen, abgewiesenen Patientinnen den wahren Grund der Nichtbehandlung transparent zu kommunizieren: «Wird die Intensivbehandlung aufgrund einer Triage-Situation nicht angeboten oder nicht mehr fortgeführt, so muss dies transparent kommuniziert werden. Es ist unzulässig, gegenüber dem Patienten den Behandlungsentscheid mit fehlender Indikation zu begründen, wenn bei genügenden Ressourcen anders entschieden worden wäre.»²⁸

9 Ist die Triage-Situation mithin gerade dadurch gekennzeichnet, dass eine potenziell lebensrettende Behandlung trotz bestehender medizinischer Indikation nicht aufgenommen oder abgebrochen wird, steht zugleich fest, dass es hierfür keine *medizinischen* Gründe geben kann. «Medizinische Gründe, eine Heilung oder eine Verlängerung des Lebens, die möglich ist, nicht vorzunehmen, gibt es nicht.»²⁹ Die Medizin kann keine Antwort auf die Frage geben, wer leben und wer sterben soll, wenn es um die Verteilung knapper, nicht teilbarer lebensrettender Ressourcen geht, weil es sich hierbei um eine genuin normative Frage handelt, die sich (allein) mit medizinischem Wissen nicht beantworten lässt.

10 Gleichwohl kann medizinisches Wissen auch für die eigentliche Verteilungsfrage relevant sein, indem es möglicherweise verteilungsrelevante Daten als faktische Grundlage der normativen Zuteilungsentscheidung bereitstellt. So kann die Medizin angeben, wie *dringlich* eine Beatmungstherapie für eine Patientin im Sinne einer naturwissenschaftlich begründeten Prognose der Wahrscheinlichkeit, ohne Intensivtherapie bzw. Beatmung kurzfristig zu versterben, ist. Hierfür stehen zunehmend auch Anwendungen künstlicher Intelligenz zur Verfügung, die auf der Basis von elektronischen Patientenakten Prognosen über die Wahrscheinlichkeit eines kritischen Verlaufs einer Covid-19-Erkrankung ermöglichen.³⁰ Diese Daten können für die Priorisierung von Patientin-

26 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 301 f.

27 So aber der ehemalige Präsident der SAMW und Mitverfasser der Triage-Richtlinien Prof. Dr. Daniel Scheidegger im SRF-Interview, <<https://www.srf.ch/audio/kultur-kompakt/sind-die-triage-kriterien-unfair-eine-replik?id=11775946>>.

28 SAMW-Richtlinien (Fn. 15), S. 9.

29 LUHMANN, Medizin, S. 170.

30 YAN et al., *passim* sowie RINDERKNECHT/KLOPFENSTEIN, *passim*.

nen relevant sein und werden zu diesen Zwecken erhoben.³¹ Was indes aus einer mehr oder weniger zuverlässig festgestellten Dringlichkeit der Behandlung normativ folgt, ist offen und kann mit medizinischem Wissen nicht festgestellt werden. Namentlich stellt sich die Frage, wie sich das Kriterium der Dringlichkeit zu dem konkurrierenden Kriterium der (kurzfristigen) Erfolgsaussicht verhält, welches die SAMW ihren Richtlinien zugrunde legt. Die Medizin kann ein empirisch fundiertes Urteil darüber abgeben, wie hoch die kurzfristige Erfolgsaussicht einer Intensivtherapie im Sinne einer naturwissenschaftlich begründeten Prognose der Wahrscheinlichkeit des Überlebens der Patientin ist. Eine solche Prognose lässt sich dann ohne Weiteres in Relation zu den Überlebenseaussichten anderer Patientinnen setzen. Dies ermöglicht deskriptive Aussagen in folgender Form: «Patientin Müller hat eine gegenüber Patientin Maier um 20% höhere Chance, die Covid-19-Erkrankung mit Beatmungstherapie zu überleben». Dabei ist zu beachten, dass diese Aussage auf statistischen Korrelationen von Patientinneneigenschaften und Todesfällen basiert und nicht ausschliesst, dass im konkreten Fall tatsächlich Frau Müller trotz Beatmungstherapie verstirbt und Frau Maier tatsächlich hätte gerettet werden können. Ob und inwiefern ein solcher Unterschied der kurzfristigen Überlebensprognosen verschiedener Patientinnen auch normativ einen Unterschied machen sollte, ist eine Frage, die die Medizin weder als Wissenschaft noch im Sinne «praktischer ärztlicher Urteilskraft»³² am Krankenbett beantworten kann.

Noch deutlicher wird der Unterschied zwischen medizinischen Fakten und Normen 11 bezüglich eines weiteren medizinethisch diskutierten Verteilungskriteriums, nämlich des Alters als solchem oder der prognostischen Lebenserwartung einer Patientin unabhängig von der Covid-19-Erkrankung. Die Medizin kann, wiederum basierend auf statistischen Korrelationen von Alter und anderen Parametern mit dem Erreichen eines gewissen Lebensalters, angeben, wie lange eine bestimmte Patientin prognostisch noch leben wird.³³ So sahen die SAMW-Richtlinien in früheren Versionen eine Lebenserwartung von zunächst weniger als 24³⁴ Monaten, sodann von weniger als 12³⁵ Monaten als absolutes Nichtaufnahmekriterium vor, verzichteten dagegen in der aktuellen Version ganz auf das Kriterium der Lebenserwartung. Schon diese willkürlichen Verschiebungen bei einem über Leben und Tod von Patientinnen entscheidenden Kriterium legen es nahe, dass sich die Frage, ob die Lebenserwartung einer Patientin bei der Verteilung knapper

31 Ebd.

32 HUSTER, S. 101; hierzu sogleich.

33 Auch insoweit existieren bereits auf Machine Learning basierende Anwendungen künstlicher Intelligenz zur Prognose der Restüberlebenszeit eines Menschen (vgl. etwa AVATI et al., *passim*; CAUGHILL, The FDA Approved an Algorithm That Predicts Death, <<https://futurism.com/neoscope/fda-approved-algorithm-predicts-death>>).

34 SAMW, Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, Version 1 vom 20. März 2020, S. 5; SAMW, Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, Version 2 vom 24. März 2020, S. 5.

35 SAMW, Covid-19-Pandemie: Triage von intensivmedizinischen Behandlungen bei Ressourcenknappheit, Version 3 vom 4. November 2020, S. 7.

lebensrettender Ressourcen zu berücksichtigen ist, was notwendig auf eine Diskriminierung älterer gegenüber jüngerer Patientinnen hinausläuft, nicht medizinisch beantwortet lässt. Es handelt sich um eine philosophisch und rechtlich umstrittene normative Fragestellung, die den Kompetenzbereich der Medizin überschreitet.³⁶ Im Kern geht es darum, ob für jüngere Menschen mit höherer Restlebenserwartung mehr «auf dem Spiel» steht als für ältere Menschen, die bereits einen Grossteil ihres Lebens gelebt und nur noch wenige Jahre zu verlieren haben,³⁷ oder ob sich eine Quantifizierung des Wertes der prognostisch verbleibenden Lebenszeit verbietet, weil es letztlich für beide Menschen um *alles*, nämlich ihr Leben, geht.³⁸

12 In der rechtswissenschaftlichen Diskussion wird der Hinweis auf den nicht-medizinischen Charakter von Verteilungsentscheidungen dadurch relativiert, dass es sich bei der Triage im Kern dennoch um «ärztliche Entscheidungen» handle, zu denen das Medizinpersonal aufgrund seiner Fachkompetenz und Erfahrung besonders qualifiziert sei.³⁹ Aus dem Umstand, dass Ärztinnen und medizinische Fachgesellschaften es als ihre Aufgabe betrachten, Entscheidungen über den Zugang zu einer potenziell lebensrettenden Behandlung zu treffen, die zwar nicht streng medizinisch-wissenschaftlichen – sondern normativen – Charakter haben,⁴⁰ folgt indes rechtlich überhaupt nichts. Andernfalls könnte man das gesamte Medizinrecht für überflüssig erklären und der Selbstregulierung der Medizin überlassen. Medizinerinnen betrachten auch die Verteilung von Organen zu Transplantationszwecken, die Entscheidungen über Behandlungsabbrüche am Lebensende oder über den Umgang mit menschlichen Embryonen *in vitro* usw. als ihre Aufgabe. Dessen ungeachtet überlässt die Rechtsordnung die rechtlichen Grenzen des Handlungsspielraums von Ärztinnen in diesen Kontexten nicht ihrer «praktischen Urteilskraft». Die Geschichte der Medizin, der Medizinethik und des Medizinrechts beschreibt einen Prozess der Ethisierung und Verrechtlichung der Medizin, welcher ärztliches Handeln aus guten Gründen in einem Rechtsrahmen situiert, der ärztlichem Deziisionismus dort Grenzen setzt, wo es um Eingriffe in Grundrechte von Patientinnen geht.⁴¹ So liegt es auch und gerade im Kontext von Verteilungsentscheidungen über knappe lebensrettende medizinische Ressourcen.

13 Schliesslich lässt sich gegen die fehlende Kompetenz und Zuständigkeit für Verteilungsentscheidungen, die wesentliche Grundrechtspositionen von Patientinnen betreffen, nicht einwenden, dass es eine «medizinische Ethik» gibt und Medizinerinnen sich auch über die normative Dimension ihrer Tätigkeit Gedanken machen. Die Rede von «medizinischer Ethik» ist sinnlos, da sich ethische Fragen als normative Fragen, wie

36 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, *passim*; HOVEN, *passim*.

37 MANNINO, S. 59 ff.

38 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 303 ff.; Deutscher Ethikrat, Solidarität und Verantwortung in der Corona-Krise, Ad-Hoc-Empfehlung vom 27. März 2020, S. 3 f.

39 HUSTER, S. 100 f.

40 Darauf verweist HUSTER, S. 101.

41 ROTHMAN, *passim*.

festgestellt, nicht mit medizinischem Wissen beantworten lassen. Ethik kann nicht im Sinne eines beschreibenden Adjektivs medizinisch sein, da die Medizin keine normative, sondern eine im Kern deskriptiv und analytisch arbeitende Naturwissenschaft ist.⁴² Die irreführende Rede von «medizinischer Ethik» verweist in der Regel auf praktische Kontexte wie Ethikkonsile in Krankenhäusern, in denen Medizinerinnen (mit oder ohne philosophische Zusatzqualifikation) über ethische Fragen ihrer praktischen Tätigkeit reflektieren. Indem sie dies tun, wechseln sie indes das Fach und bewegen sich im Feld der (unten ausführlich behandelten) Medizinethik, welche ein Teilgebiet der angewandten praktischen Philosophie ist. Eine besondere Kompetenz und Legitimation zur (verbindlichen) Beantwortung medizinethischer Fragen besitzen Medizinerinnen dabei nicht.

Als Zwischenergebnis der bisherigen Überlegungen lässt sich festhalten, dass die Medizin nicht angeben kann, ob es für die Zuteilung knapper intensivmedizinischer Ressourcen primär auf die Dringlichkeit, die (kurzfristige) Erfolgsaussicht, die verbleibende Lebenszeit oder auf ganz andere Kriterien wie das Alter, die Wartezeit oder den Zufall ankommen soll. Eine Erkenntnis, die sich im Kontext der gesetzlichen Regelung der Organverteilung zu Transplantationszwecken in der Schweiz bereits vor 20 Jahren allgemein durchgesetzt hat: «Die These, die Verteilung erfolge nach medizinischen Kriterien, ist (...) falsch: Die Zuteilung geschieht nach ethischen Prinzipien. (...) Der Modus der Verteilung selbst basiert auf (...) Wertentscheidungen.»⁴³ Die medizinische Wissenschaft und ihre Fachakademien sind daher weder qualifiziert noch legitimiert, normative Verteilungskriterien für die Triage festzulegen. 14

B. Gesundheitsökonomisches Wissen

Neben der Medizin kann auch die Gesundheitsökonomie relevantes Faktenwissen für normative Verteilungsentscheidungen unter Ressourcenknappheit bereitstellen. Die Ökonomie ist eine Wissenschaft, deren Expertise im Rahmen der Corona-Pandemie ebenfalls bedeutsam ist. Für den Kontext der Triage kann die Gesundheitsökonomie etwa untersuchen, wie sich unterschiedliche Triagekriterien auf einen zu definierenden Gesamtnutzen auswirken. Der Gesamtnutzen könnte unter anderem in geretteten Leben, geretteten Lebensjahren, geretteten qualitätskorrigierten Lebensjahren usw. berechnet werden. Das zu erreichende gesellschaftliche Nutzenziel muss der ökonomischen Berechnung dabei indes vorgegeben werden, es lässt sich nicht selbst ökonomisch bestimmen. Die Ökonomie kann weiter feststellen, dass egalitäre Verteilungsmodelle, die vergleichbar dringlich zu behandelnde Patientinnen beim Zugang zur Intensivmedizin durch Losverfahren oder das Abstellen auf die Wartezeit gleichbehandeln, im Hinblick auf den jeweiligen Gesamtnutzen ineffektiv sind. Die Gesundheitsökonomie könnte ins- 15

42 Vgl. bereits GUTMANN/FATEH-MOGHADAM, Rechtsfragen, S. 41.

43 Botschaft zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz) vom 12. September 2001, BBl 2002 29 ff., S. 111.

besondere zu dem Ergebnis gelangen, dass durch eine erfolgsorientierte Verteilungspraxis, wie sie die Richtlinien der SAMW anstreben, in der Pandemie tatsächlich insgesamt mehr Leben gerettet werden könnten.⁴⁴ Dies sind wichtige rechtstatsächliche Daten für die Rechts- und Gesundheitspolitik, die sich über die tatsächlichen Folgen rechtlicher Regulierung im Klaren sein sollte.

- 16 Gesundheitsökonominnen können indes *nicht* mit der akademischen Autorität ihres Faches angeben, ob es bei der Triage in der Intensivmedizin primär auf eine utilitaristische Maximierung eines Gesamtnutzens oder auf eine auch individuell gerechte und nichtdiskriminierende Verteilung ankommen *soll*. Nicht angeben kann die Gesundheitsökonomie zudem, ob es für die Bestimmung des Gesamtnutzens, soll dieser entscheidend sein, auf die Maximierung von geretteten Leben oder (qualitätskorrigierten) Lebensjahren oder etwas ganz anderes, etwa die Minimierung der Behandlungskosten, ankommen soll. Dies verkennen gesundheitsökonomische Stimmen, die glauben, egalitäre Verteilungsmodelle allein durch den Hinweis auf deren mangelnde Effizienz im Hinblick auf einen bestimmten Gesamtnutzen des Ressourceneinsatzes widerlegen zu können.⁴⁵ Dies ist umso erstaunlicher, als die Effizienzüberlegungen der Gesundheitsökonomie von Vertreterinnen egalitärer Verteilungsmodelle gar nicht in Frage gestellt, sondern explizit vorausgesetzt werden.⁴⁶ Es ist gerade die Pointe von an individuellen Rechten orientierten Ansätzen der Ethik und des Rechts, dass sie den Respekt vor den individuellen Ansprüchen aller bedürftiger Patientinnen auf chancengleiche Teilhabe an lebensrettenden Gesundheitsressourcen unabhängig von irgendwelchen Konsequenzen für einen gesellschaftlichen Gesamtnutzen einfordern. Diese deontologische, nicht-konsequentialistische Logik des Rechts wird nicht zuletzt in der verfassungsrechtlichen Auslegung der Menschenwürde sichtbar, die sich einer Abwägung und quantifizierenden Verrechnung von Leben gegen Leben verschliesst.⁴⁷ Ob überhaupt, inwiefern und in welchen Kontexten ökonomische Effizienz ein Rechtsprinzip ist oder nicht, entscheidet das Rechtssystem nach seinen systemeigenen Massstäben und Methoden.⁴⁸ Wer als Ökonom glaubt, die Rechtswissenschaft über die *rechtliche* Bedeutung ökonomischer Effizienz belehren zu können, verfehlt seinen Gegenstand und leistet keinen anschlussfähigen Beitrag für die interdisziplinäre Forschung.

44 Vgl. hierzu die Replik von Prof. Dr. Stefan Felder (<<https://www.unibas.ch/de/Aktuell/News/Uni-Research/Corona-und-Triage--Wer-soll-behandelt-werden--wer-nicht--Zwei-Repliken..html>>) auf ein Interview des Verfassers (<<https://www.unibas.ch/de/Aktuell/News/Uni-Research/Covid-19-und-Intensivmedizin-Wir-brauchen-eine-oeffentliche-Diskussion-ueber-die-gerechte-Verteilung-von-lebensrettenden-Ressourcen.html>>).

45 Ebd.

46 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 314 f. sowie bereits das Interview des Verfassers mit Uni News, <<https://www.unibas.ch/de/Aktuell/News/Uni-Research/Covid-19-und-Intensivmedizin-Wir-brauchen-eine-oeffentliche-Diskussion-ueber-die-gerechte-Verteilung-von-lebensrettenden-Ressourcen.html>>.

47 BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz.

48 Dazu grundlegend EIDENMÜLLER, *passim*.

C. Ethische Normen

Die bisherigen Überlegungen haben ergeben, dass die Medizin und Ökonomie Faktenwissen in Form von deskriptiven Aussagen und analytischen Urteilen generieren, welches für die Frage der Verteilung knapper medizinischer Ressourcen in einer Triage-Situation relevant ist oder zumindest sein könnte. Von diesen deskriptiven Aussagen über empirische Zusammenhänge zwischen Patienteneigenschaften und der Dringlichkeit oder Erfolgsaussicht einer intensivmedizinischen Behandlung führt indes kein direkter Weg zu einem bestimmten normativen Verteilungsmodell. Insbesondere folgt aus dem tatsächlichen Umstand, dass durch eine erfolgsorientierte Verteilung voraussichtlich insgesamt mehr Leben gerettet werden können, nicht unmittelbar, dass eine erfolgsorientierte Verteilung normativ zwingend geboten wäre. Da die Festlegung von Verteilungskriterien auf Wertentscheidungen beruht, bedarf es normativer, ethischer Argumente, die mit Gründen darlegen, warum sich die Medizin in einer Triage-Situation nicht länger an der individuellen Bedürftigkeit von Patientinnen, sondern am Ziel der Maximierung des gesellschaftlichen Gesamtnutzens im Wege eines effizienten Ressourceneinsatzes orientieren sollte. 17

Die Verteilung knapper unteilbarer lebensrettender Ressourcen wird in der Medizinethik nicht erst seit der Corona-Pandemie als ein klassisches moralisches Dilemma diskutiert.⁴⁹ Als ein Dilemma kann man die Notwendigkeit der Triage deshalb bezeichnen, weil, egal für welches Verteilungsmodell man sich entscheidet, am Ende Patientinnen leer ausgehen und sterben werden, die bei ausreichenden Ressourcen hätten gerettet werden können. Medizinethische Antworten auf dieses Dilemma gibt es, wie auch sonst in praktisch allen umstrittenen Fragen der Bioethik, nur im Plural.⁵⁰ Je nachdem, von welchen ethischen Prämissen man ausgeht, gelangt man zu unterschiedlichen Annahmen über die Gerechtigkeit von Verteilungsmodi unter Knappheitsbedingungen. Deontologische, an individuellen (Teilhabe-)Rechten von Patientinnen orientierte Ansätze präferieren im Zweifel egalitäre Verteilungsmodelle wie das Los oder die Wartezeit (bei vergleichbarer Dringlichkeit der Behandlung), während für die Vertreterinnen konsequentialistischer Ethikansätze die Orientierung am Ziel der Maximierung des gesellschaftlichen Gesamtnutzens und damit eine Verteilung nach der Erfolgsaussicht oder nach dem Alter naheliegt. Selbst ein scheinbar unanfechtbarer Grundsatz wie derjenige, in der Pandemie möglichst viele Menschen zu retten, wird indes brüchig, wenn man sich vor Augen führt, dass die praktische Operationalisierung dieses Prinzips in den Richtlinien der SAMW systematisch zulasten der schwächsten Patientinnengruppen, der Alten, Kranken und Behinderten, geht und damit Fragen der Diskriminierung aufwirft.⁵¹ Gleichwohl kann man philosophisch auch versuchen, im Wege einer nicht-konsequentialistischen Argumentation eine Bevorzugung von jüngeren Patientinnen mit höherer 18

49 Vgl. etwa bereits SELLMAIR/VOSSENKUHL, *passim*.

50 Guter Überblick bei SCHÖNE-SEIFERT, FAZ vom 31.3.2020.

51 FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 307 ff. und SCHWESTERMANN/TOBLE, Rz. 28 ff.

Lebenserwartung zu begründen, weil für diese mehr auf dem Spiel stehe.⁵² Die Prinzipienethik⁵³ und Ansätze der Ethics of Care⁵⁴, welche das Netzwerk von Relationen zwischen Patientinnen, Ärztinnen, Pflegenden und Angehörigen betonen, bringen weitere ethisch relevante Faktoren ins Spiel. So werfen sie etwa die Frage auf, ob es den behandelnden Ärztinnen und dem Pflegepersonal ethisch zugemutet werden kann, eine Patientin, um deren Leben sie bereits seit Tagen kämpfen, im Wege «nachträglicher Triage» vom Beatmungsgerät zu nehmen, um Platz für eine andere Patientin mit statistisch besserer Erfolgsaussicht zu machen, wie dies die Triage-Richtlinien der SAMW⁵⁵ vorsehen. Vor diesem Hintergrund wundert es nicht, dass in der medizinethischen Triage-Diskussion im Kontext von Covid-19 praktisch alles vertreten wird.⁵⁶ Dieser Pluralismus ethischer Theoriebildung ist unvermeidbar und gesellschaftlich wertvoll. Er formuliert einen systematisch erarbeiteten Lösungsvorrat für das schwierige Problem der Triage und stellt ernstzunehmende ethische Argumente bereit, über deren Anschlussfähigkeit in der Politik und im Recht weiter diskutiert werden kann. Vor allem aber macht er deutlich, dass man im Hinblick auf das intrikate Problem der Triage aus jeweils vernünftigen und respektablen ethischen Gründen unterschiedlicher Meinung sein kann. Die Triage-Debatte ist ein exemplarischer Anwendungsfall für das, was JOHN RAWLS «vernünftigen Pluralismus»⁵⁷ nennt. Gegenseitige Wertschätzung und Toleranz in der gesellschaftlichen Diskussion über die Triage setzen voraus, dass man diese Möglichkeit vernünftiger Meinungsunterschiede in ethischen Fragen anerkennt. Die medizinethische Diskussion profitiert dabei, wie jede philosophische Diskussion, von dem Umstand, dass sie nicht zu einem Ende kommen und keine verbindlichen Entscheidungen treffen muss. Die Idee einer autoritativen höchstrichterlichen Entscheidung, die eine normative Frage zumindest praktisch bis auf Weiteres verbindlich entscheidet, ist der modernen Philosophie wesensfremd, sofern sie nicht zur Scholastik oder repressiven Ideologie degeneriert. Es ist nicht die Funktion der Philosophie, medizinethische Probleme verbindlich zu lösen oder zumindest eine «herrschende Meinung» zu generieren; ihr Wert besteht gerade darin, dass in ihr nichts ausser Frage steht, alles kritisierbar ist und sie nicht an verbindliche Vorgaben, etwa in Form von Gesetzen, gebunden ist. Es gibt aus guten Gründen keine Instanz, die einer ethischen Theorie den Vorzug vor einer anderen geben könnte; dies gilt auch und gerade für ethische Beratungsgremien wie die

52 MANNINO, S. 61 ff. MANNINO möchte Unterschiede in der Lebenserwartung genauso behandeln wie Unterschiede im Grad der Gefahr für ein Rechtsgut oder Rangunterschiede zwischen gefährdeten Rechtsgütern (etwa dem Verlust eines Fingers gegenüber dem Verlust beider Beine oder des Lebens). Seine These setzt aber etwas voraus, was rechtlich aufgrund des Grundsatzes der Gleichwertigkeit menschlichen Lebens kaum anschlussfähig ist, nämlich, dass es zulässig ist, den Wert eines Lebens nach seiner voraussichtlichen Dauer zu quantifizieren und gegen ein anderes Leben abzuwägen.

53 BEAUCHAMP/CHILDRESS, *passim*.

54 Vgl. etwa HELD, *passim*.

55 SAMW (Fn. 15), S. 7 f.

56 Vgl. dazu ausführlich FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 294 ff.

57 RAWLS, S. 106 ff. und 12.

Nationale Ethikkommission der Schweiz (NEK) oder den Deutschen Ethikrat. Damit sollte zugleich klar sein, dass sich das Problem der Triage praktisch nicht medizinethisch lösen lässt. Dort, wo es um existenzielle Entscheidungen geht, die Grundrechte von Patientinnen betreffen, verbietet sich insbesondere ein Multikulturalismus, bei dem jedes Krankenhaus nach seiner eigenen Façon über die Kriterien der Triage entscheiden können soll.⁵⁸ Ob eine 85-jährige Patientin überhaupt noch eine Behandlungschance erhält oder nicht, würde dann etwa von der konfessionellen, privaten oder staatlichen Trägerin einer Gesundheitseinrichtung abhängen. STEFAN HUSTER meint dagegen, Unterschiede in den Verteilungskriterien über lebensrettende Ressourcen würden den «moralischen Pluralismus» in der Gesellschaft abbilden, den zu vereinheitlichen die Verfassung jenseits eines strafrechtlich definierten Rahmens kaum fordere.⁵⁹ Dies geht indes einerseits deshalb an der Sache vorbei, weil die Richtlinien der medizinischen Fachgesellschaften in Deutschland und in der Schweiz, die HUSTER als massgebliche Regularien verteidigt, gerade darauf zielen, die Verteilungspraxis der Krankenhäuser zu vereinheitlichen, um die Beteiligten von der Verantwortung für als unzumutbar empfundene Entscheidungen zu entlasten. Indem insbesondere die Richtlinien der SAMW verbindliche Vorgaben für zulässige und unzulässige Kriterien und strikte Nicht-Aufnahmekriterien formulieren, schränken sie den von der Rechtsordnung gewährten Handlungsspielraum von Ärztinnen sogar (faktisch) ein – etwa dort, wo es um die Auswahl von Patientinnen in einer echten *ex ante*-Triage-Situation geht. Andererseits geraten die Richtlinien der Fachgesellschaften, wie unten näher ausgeführt wird, tatsächlich in erheblichem Umfang in Konflikt mit der Strafrechtsordnung. Die Verteilungspraxis unter Triagebedingungen ist wesentlich durch verfassungsrechtliche und strafrechtliche Vorgaben determiniert, die nicht zur Disposition medizinischer Fachgesellschaften stehen. Gerade weil das Problem der Triage demnach medizinethisch nicht entschieden werden kann, benötigt es das Recht, um angesichts der Flut und Ebbe moralischer Kommunikation, wie es LUHMANN ausdrückt,⁶⁰ zumindest «bis auf Weiteres» zu verbindlichen Entscheidungen zu kommen.

D. Rechtsnormen

Rechtsnormen sind notwendig, weil sich das Triage-Problem ethisch nicht entscheiden lässt, praktisch aber über konkrete Fälle, etwa die Zulässigkeit der Nicht-Aufnahme einer Patientin, oder die Verbindlichkeit von Richtlinien der medizinischen Fachgesellschaften entschieden werden muss. Funktional differenzierte moderne Gesellschaften weisen die Aufgabe, auch dort noch zu entscheiden, wo eigentlich nicht entschieden werden kann, dem Rechtssystem zu. Die Antwort der Rechtsordnung auf das Problem der Triage kann dabei keinen privilegierten Richtigkeits- oder Wahrheitsanspruch gegenüber den

58 HUSTER, S. 105 ff.

59 HUSTER, S. 107.

60 LUHMANN, Recht, S. 79.

verschiedenen philosophischen Ansätzen in der Triage-Debatte beanspruchen. Insbesondere dürfen die Antworten des Rechts, etwa in Form von Gerichtsentscheiden, nicht als Urteil über die Richtigkeit oder Vorzugswürdigkeit konkurrierender ethischer Ansätze verstanden werden; dies wäre ein Kategorienfehler. Das Recht ist kein Schiedsrichter im Wettstreit ethischer Theorien der Verteilungsgerechtigkeit. Vielmehr muss der Anspruch des Rechts deutlich bescheidener formuliert werden; er zielt mit einem Begriff von THOMAS OSTERKAMP allein auf die Gewährleistung «juristischer Gerechtigkeit»⁶¹. Juristische Argumentation kann lediglich den Anspruch erheben, vor dem Hintergrund einer bestimmten Rechtsordnung richtig zu sein und darf nicht mit absolutem Geltungsanspruch auftreten.⁶² Juristische Gerechtigkeit verweist zudem darauf, dass die inhaltlichen Maßstäbe der Gerechtigkeit aus der Rechtsordnung selbst, namentlich aus der Verfassung, zu gewinnen sind – und nicht in unmittelbarem Durchgriff auf eine bestimmte moralphilosophische Lehre, eine umfassende ethische Konzeption des guten Lebens oder eine bestimmte Weltanschauung. Insofern ist juristische Gerechtigkeit religiös-weltanschaulich und ethisch neutral.⁶³ Das Rechtssystem bildet laufend – von Entscheidung zu Entscheidung – rechtssystemeigene normative Standards aus und erzeugt auf diese Weise einen spezifischen «Kontext der Gerechtigkeit»⁶⁴. Dass sich die Normativität des Rechts von moralphilosophischen Konzeptionen unterscheidet, folgt bereits aus der juristischen Methode der Rechtsfindung, die von den Gerichten verlangt, sich selbstbezüglich an den eigenen Vorentscheidungen und an den verbindlichen Vorgaben des positiven Rechts zu orientieren. So ist etwa die Existenz von Grundrechten «als bereits getroffene Problemlösung(en) und damit als verbindliche Vorgabe(n)» hinzunehmen.⁶⁵ Daraus folgt, dass ethische Argumente, die in der Triage-Diskussion gleichberechtigte Geltung beanspruchen können, im Recht unterschiedlich anschlussfähig sind. Das Recht ist gewissermaßen «semipermeabel»⁶⁶, indem es gewisse ethische Argumente in rechtliche übersetzen kann, andere aber nicht. So wäre etwa eine konsequent utilitaristische Lösung der Triage-Problematik, welche sich ausschliesslich an der Maximierung der geretteten Leben oder gar Lebensjahre orientiert, mit einer an individuellen gleichen Grund- und Teilhabrechten von Patientinnen ausgerichteten Verfassungsordnung nicht vereinbar.

- 20 Kann das Recht, wie festgestellt, keine Überlegenheit hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit seiner Lösung des Triage-Problems gegenüber philosophischen Lösungsansätzen beanspruchen, so kommt ihm doch praktisch eine Vorrangstellung insoweit zu, als das Recht – und nur das Recht – die Kompetenz besitzt, über die Fragen der Rechtmässigkeit von grundrechtsrelevanten Verteilungsordnungen und konkreten Zutei-

61 OSTERKAMP, *passim*.

62 OSTERKAMP, S. 206.

63 Eingehend FATEH-MOGHADAM, S. 71 ff.

64 Zum Begriff vgl. FORST, *passim*.

65 OSTERKAMP, S. 240.

66 OSTERKAMP, S. 200.

lungsentscheidungen *verbindlich* zu befinden. Dies lässt sich soziologisch schlicht als Differenzierungsfolge beschreiben, durch die die Kapazität zur Verarbeitung von Komplexität in modernen Gesellschaften erheblich gesteigert wird. Die Exklusivität der Zuständigkeit des Rechts für die wesentlichen Entscheidungen bei der Verwaltung eines Mangels an öffentlichen Gesundheitsressourcen lässt sich aber auch normativ rechtfertigen, da Rechtsnormen und darauf beruhende Entscheidungen in liberalen Rechtsstaaten demokratisch legitimiert sind. Auch im Kontext der Ausnahmesituation der Triage gibt es keinen rechtsfreien Raum, den medizinische Fachgesellschaften durch kurzfristig selbstgestrickte Normen des Medizinsystems ausfüllen könnten. Vielmehr geben auch hier das positive Recht und namentlich das Verfassungs- und Strafrecht einen verbindlichen Rechtsrahmen vor, in dem sich die Empfehlungen der SAMW bewegen müssen; die SAMW hat dagegen keine Rechtssetzungskompetenz.

Nun liegt es nahe, darauf hinzuweisen, dass auch die Bedeutung von Rechtsnormen innerhalb der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung häufig umstritten sind. Gerade in den schwierigen Fällen gehen die Ansichten über die Rechtslage oft erheblich auseinander, wie nicht zuletzt die kontroverse rechtswissenschaftliche Diskussion über die Triage im Kontext von Covid-19 zeigt.⁶⁷ Es gibt nicht für jeden tatsächlichen Konflikt nur eine richtige rechtliche Lösung, die mit quasi mathematischer Folgerichtigkeit aus dem positiven Recht folgt. Der Verweis auf die Notwendigkeit einer rechtlichen Lösung des Triage-Dilemmas erzeugt also ebenfalls nicht unmittelbar Eindeutigkeit. Der rechtliche Diskurs unterscheidet sich dennoch massgeblich von dem oben dargestellten Meinungspluralismus in der Medizinethik. Zum einen kennt das Recht die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und damit einen praktischen Zwang zur Entscheidung, sobald ein gesellschaftlicher Konflikt vor den Gerichten ausgetragen wird. Ein höchstrichterliches Judiz entfaltet auch dort, wo es keine strenge Präjudizienbindung wie im Case Law gibt, eine erhebliche praktische Verfestigung der getroffenen Lösung, indem sich untergerichtliche Folgeentscheidungen schon aus methodischen Gründen an ihm orientieren und abweichende Lösungen rechtfertigen müssen. Zum anderen ist die Zone der vertretbaren Lösungen aufgrund zwingender Vorgaben des positiven Rechts von vornherein begrenzter als in der Medizinethik. Juristisch ist keineswegs jede der in der Medizinethik diskutierten Lösungen der Triage-Problematik vertretbar. So lassen sich durchaus klare verfassungsrechtliche und strafrechtliche Rahmenbedingungen angeben, an denen sich medizinisches Handeln in einer Triage-Situation orientieren muss. Mit diesen Vorgaben sind die Richtlinien der SAMW in erheblichem Umfang nicht vereinbar; sie können

67 Vgl. etwa die Beiträge von AEBI-MÜLLER; BUSCH; ENGLÄNDER/ZIMMERMANN; GAEDE et al.; JÄGER/GRÜNDEL; JANSEN; LINDNER; MERKEL/AUGSBERG; PICECCHI; RÖNNAU/WEGNER; ROOS/FINGERHUTH; SCHWESTERMANN/TOBLER; SOWADA; STERNBERG-LIEBEN; STRENG-BAUNEMANN; TAUPITZ; WALTER; WASSMER sowie den Sammelband HÖRNLE/HUSTER/POSCHER (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021.

insoweit keine Geltung beanspruchen.⁶⁸ Ohne dies hier noch einmal ausführlich begründen zu können, lassen sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Triage wie folgt zusammenfassen:

22 Die sogenannte vorsorgliche Triage, wie sie die SAMW-Richtlinien für die von ihnen eingeführte «Stufe A» vorsehen,⁶⁹ ist unstreitig rechtswidrig⁷⁰. Eine darauf gestützte Abweisung einer Patientin, die mit Behandlung zumindest länger gelebt hätte,⁷¹ wäre als Tötung durch Unterlassen (Art. 111 i.V.m. Art. 11 StGB) strafbar. Vorsorgliche Triage bedeutet, dass die Kriterien für die Nichtaufnahme von Patientinnen bereits angewendet werden, wenn in der konkreten Entscheidungssituation über die Aufnahme einer Patientin zwar noch ausreichend Behandlungskapazitäten zur Verfügung stehen, die Kapazitäten aber begrenzt sind und die Gefahr besteht, dass während der nächsten Tage keine Intensivbetten mehr verfügbar sein werden.⁷² Aus strafrechtlicher Sicht fehlt es in einer Situation, in der zum Zeitpunkt der Aufnahmeentscheidung noch Intensivbetten verfügbar sind, bereits objektiv an einer Rechtfertigungslage. Der hier einschlägige Rechtfertigungsgrund der Pflichtenkollision greift nur dann ein, wenn zum Zeitpunkt der Tat handlung zwei *aktuell bestehende* gleichwertige Handlungspflichten kollidieren.⁷³ Eine bloss prognostisch zu erwartende und mithin hypothetische Ausschöpfung der Ressourcen in der Zukunft konstituiert keine aktuellen Handlungspflichten gegenüber individualisierbaren Personen und muss daher unberücksichtigt bleiben.⁷⁴

23 Weiterhin ist es nach der bislang ganz herrschenden Meinung in der Strafrechtswissenschaft ebenfalls rechtswidrig, eine bereits laufende intensivmedizinische Behandlung einer Patientin trotz fortbestehender medizinischer Indikation allein deshalb abzubrechen, weil eine neue Patientin mit relativ besseren Erfolgsaussichten ebenfalls behandelt werden müsste.⁷⁵ Es handelt sich um das geradezu klassische Lehrbuchbeispiel für das Verbot der Abwägung von Leben gegen Leben im Rahmen der Notstandrechtfertigung.⁷⁶ Da in diesem Fall eine (potenzielle) Handlungspflicht (Aufnahme der neuen Patientin) mit einer Unterlassungspflicht (nicht in die Rechtsgüter der behandelten Patientin eingreifen) kollidiert, liegt nach herrschender Meinung auch kein Fall der rechtfertigenden Pflichtenkollision vor.⁷⁷ Der im Strafrecht anerkannte Vorrang der Unterlassungs-

68 Vgl. hierzu ausführlich FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 308 ff.

69 SAMW (Fn. 15), S. 6.

70 JANSEN, S. 156; RÖNNAU/WEGNER, S. 406 f.

71 So wurde im Kanton Wallis Ende Oktober 2020 ein 80-jähriger Patient trotz intensivmedizinischer Indikation abgewiesen, um die letzten Betten für Fälle freizuhalten, in denen mehr Hoffnung bestehe, obwohl zu diesem Zeitpunkt schweizweit noch mind. 402 (<<https://icumonitoring.ch/>>) Intensivbetten verfügbar waren (NZZaS vom 1.11.2020).

72 SAMW (Fn. 15), S. 6.

73 STERNBERG-LIEBEN, S. 630.

74 So bereits FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 328 f.

75 Eine solche nachträgliche Anwendung von Triage-Kriterien durch Abbruch laufender Intensivtherapien verlangen die Richtlinien der SAMW explizit (SAMW [Fn. 15], S. 7 f.).

76 ROXIN/GRECO, § 16 N 117.

77 STRATENWERTH, § 10 N 65.

der Handlungspflicht⁷⁸ beruht inhaltlich darauf, dass die nachträgliche Auswechslung von Patientinnen zwangsläufig darauf beruht, dass die Überlebensinteressen einer Patientin höher gewichtet werden als die der anderen. Letzteres verbietet sich indes erneut aufgrund des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Gleichwertigkeit allen menschlichen Lebens («Lebenswertindifferenz»)⁷⁹. Deshalb ist es unzulässig, das unverdiente, niemandem zurechenbare und insofern schicksalhafte Übel, welches der neuen Patientin aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Überlastung des Gesundheitswesens droht, aktiv auf einen Dritten zu verlagern.⁸⁰ Der Umstand, dass sich nunmehr im Kontext der Triage-Diskussion auch Stimmen in der deutschen strafrechtswissenschaftlichen Literatur finden, die eine «nachträgliche Triage» für strafrechtlich gerechtfertigt halten,⁸¹ rechtfertigt es nicht, diese Mindermeinung zur Grundlage einer generellen Handlungsempfehlung in den Richtlinien der SAMW zu machen. Die SAMW-Richtlinien empfehlen insoweit ein ärztliches Handeln, das mit der herrschenden Meinung in der Strafrechtswissenschaft unvereinbar und mit einem erheblichen Strafbarkeitsrisiko verbunden ist.

Mit den strafrechtlichen Rahmenbedingungen grundsätzlich vereinbar sind die Richtlinien nur insoweit, als sie für Situationen, in denen aktuell nur noch ein Intensivbett verfügbar ist, aber mehrere bedürftige Patientinnen auf dieses Bett warten, eine Patientinnenauswahl vorsehen (echte Aufnahmetriage). Da die Rechtsordnung von niemandem Unmögliches verlangen darf, ist die Ärztin bei einer Kollision gleichwertiger Handlungspflichten nach den Grundsätzen der Pflichtenkollision gerechtfertigt, wenn sie eine von beiden erfüllt. Steht für zwei beatmungspflichtige Patientinnen nur ein Beatmungsgerät zur Verfügung, ist es aus strafrechtlicher Sicht daher gleichgültig, für welche sich die Ärztinnen entscheiden, ob sie also zum Beispiel die jüngere oder die ältere Patientin behandeln – in beiden Fällen sind sie gerechtfertigt.⁸² Problematisch an den Richtlinien ist insoweit, dass sie abstrakt-generelle Regeln aufstellen, wonach sich die Ärztinnen für die Patientin mit den besseren Erfolgsaussichten entscheiden *müssen*. Der rechtlich garantierte Handlungsspielraum der Medizinerinnen in einer echten Triage-Situation kann indes durch Richtlinien der SAMW nicht eingeschränkt werden. Rechtlich muss sich also keine Ärztin an die Vorgaben der SAMW zur Priorisierung von Patientinnen halten, faktisch entfalten die Richtlinien aber im Zweifel eine erhebliche Steuerungswirkung.

Diese faktische Steuerungswirkung der medizinischen Praxis ist verfassungsrechtlich problematisch, da die an das Alter und die Gebrechlichkeit von Patientinnen anknüpfenden Nicht-Aufnahmekriterien der SAMW mit einer sowohl direkten als auch indirekten Diskriminierung von Patientinnen wegen ihres Alters oder wegen ihrer Behinderung

78 NIGGLI/GÖHLICH, N 27.

79 Hierzu ausführlich FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 296 ff.

80 Vgl. dazu FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 332 f.

81 GAEDE et al., S. 134 ff.; HÖRNLE, S. 166 ff.

82 ENGLÄNDER/ZIMMERMANN, S. 1402; JANSEN, S. 164.

einhergehen.⁸³ In einer Situation der Ressourcenknappheit wissen Patientinnen mit einem bestimmten Lebensalter, bestimmten Vorerkrankungen oder Behinderungen positiv, dass sie aufgrund der Richtlinien der SAMW keine Chance auf intensivmedizinische Behandlung haben. Ob dies mit dem grundsätzlich gleichen verfassungsrechtlichen Anspruch aller bedürftigen Patientinnen auf chancengleiche Teilhabe an lebensrettenden Gesundheitsressourcen vereinbar ist, ist zweifelhaft und in der Literatur umstritten. Insoweit bedarf es einer weiteren Diskussion in der Schweizer Verfassungs- und Medizinrechtswissenschaft.

- 26 Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass das positive Recht einige Rahmenbedingungen der Triage klar definiert, es aber durchaus auch Fragen gibt, die noch nicht eindeutig geklärt sind. Die Klärung dieser offenen Rechtsfragen der Triage in der Intensivmedizin ist Aufgabe der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung, nicht aber der SAMW-Richtlinien. Ungelöste Probleme, die in allen Rechtsgebieten existieren, konstituieren auch keinen rechtsfreien Raum, der von der SAMW nach Belieben gefüllt werden dürfte. Umso problematischer ist es, dass die Empfehlungen der SAMW systematisch auf eine Verhinderung rechtlicher Überprüfung zielen, indem sie den Krankenhäusern ausdrücklich empfehlen, Todesfälle infolge eines triagebedingten Abbruchs einer indizierten intensivmedizinischen Behandlung gegen den Willen der Patientin der Staatsanwaltschaft nicht als «aussergewöhnliche Todesfälle» zu melden, wie dies Art. 253 Abs. 4 StPO verlangt. In den Richtlinien der SAMW heisst es insoweit: «Aktuell empfehlen SAMW und SGI, die konkreten Umstände dieser Todesfälle zu dokumentieren, diese aber nicht als aussergewöhnliche Todesfälle einzustufen. Vorbehalten bleiben Anordnungen bzw. Entscheide zuständiger Behörden oder Gerichte, die eine Meldung als aussergewöhnlichen Todesfall verlangen.»⁸⁴ Um eine entsprechende Anordnung zu verlangen, müssten Behörden und Gerichte aber zunächst einmal Kenntnis von entsprechenden Vorgängen haben, was durch die Empfehlung der SAMW gerade verhindert werden soll. Die Empfehlungen der SAMW widersprechen dabei eindeutig der rechtlich geforderten und in den Krankenhäusern üblichen Praxis zur Meldung von aussergewöhnlichen Todesfällen. Ein natürlicher Tod wird sowohl nach Art. 253 Abs. 4 StPO⁸⁵ als auch nach den internen Vorgaben der meisten Spitäler nur dann angenommen, wenn der konkrete Todeseintritt mit hinreichender Plausibilität durch ein inneres Leiden erklärt werden kann und sich keine Hinweise auf einen Zusammenhang mit einem rechtlich relevanten Ereignis ergeben. Angesichts der oben dargestellten Rechtslage ist es ausgeschlossen, den Abbruch einer intensivmedizinischen Behandlung gegen den Willen der Patientin bei fortbestehender medizinischer Indikation nicht in diesem Sinne als «rechtlich relevantes Ereignis» zu deuten. Als rechtlich bedeutsam gilt in der Praxis nämlich «vor allem die zum

83 Dazu ausführlich SCHWESTERMANN/TOBLER, Rz. 28 ff. sowie FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit, S. 307 ff.

84 SAMW (Fn. 15), S. 8.

85 Eingehend dazu ZOLLINGER/KIPFER, N 8 ff. (insb. 18 ff.).

Tode führende pflichtwidrige Unterlassung einer indizierten medizinischen Behandlung einer Krankheit»⁸⁶. Durch die offensichtlich rechtswidrige Empfehlung der SAMW, derartige Ereignisse nicht zu melden, bürdet diese zugleich die Konsequenzen aus der unterlassenen Meldepflicht der betroffenen Ärztin auf. Sie präsentiert sich insoweit als ein rechtsgelöstes Unternehmen, das an einer rechtlichen Überprüfung ihrer Empfehlungen zur Triage nicht interessiert ist. Der Rechtsstaat kann die aktive Schaffung derartiger rechtsfreier Räume, in denen nicht mehr das Recht, sondern eine selbst erfundene fiktive Parallelrechtsordnung der SAMW gelten soll, freilich nicht dulden.

IV. Thesen

Zusammenfassend lassen sich folgende Thesen zum Verhältnis von Medizin, Ökonomie, 27
Medizinethik und Recht im Kontext der Triage aufstellen:

1. Verteilungsfragen über knappe intensivmedizinische Ressourcen sind ethischer Natur; sie setzen medizinisches und gesundheitsökonomisches Wissen voraus, lassen sich indes nicht allein mit medizinischem und ökonomischem Wissen beantworten.
2. Medizinisches und gesundheitsökonomisches Wissen wird erst dann relevant, wenn normativ entschieden ist, worauf es bei der Zuteilung knapper Ressourcen ankommen soll (z.B. auf die Dringlichkeit oder Erfolgsaussicht einer Behandlung, auf einen bestimmten Gesamtnutzen oder auf individuelle Gerechtigkeit und Prinzipien der Nicht-Diskriminierung).
3. Die Medizinethik formuliert unterschiedliche, sich teilweise widersprechende Ansätze zur Lösung des Problems der Triage, die sich jeweils mit guten Gründen vertreten lassen. Vernünftige Meinungsunterschiede in der medizinethischen Triage-Diskussion lassen sich nicht autoritativ zugunsten einer Position lösen. Ihr Mehrwert besteht gerade darin, dass sie einen Pool rationaler Argumente und damit einen Lösungsvorrat generieren, an dem sich die Politik und das Recht orientieren können.
4. «Triage» ist kein Rechtskonzept. Wer in einer Pandemie im Falle knapper Ressourcen behandelt werden muss bzw. wie ausgewählt werden darf, richtet sich nach dem geltenden Strafrecht und Verfassungsrecht.
5. Standesethische Empfehlungen zur Triage sind rechtlich nicht verbindlich, steuern aber faktisch die Praxis. Soweit die Empfehlungen der SAMW dem geltenden Strafrecht widersprechen, können sie keine Geltung beanspruchen und ärztliches Handeln nicht legitimieren. Dies gilt namentlich für die Vorgaben der SAMW zur vorsorglichen Triage und zur nachträglichen Triage, die ein strafbares Verhalten empfehlen.
6. Im Rahmen seiner Schutzpflicht für das Grundrecht auf Leben und zur Verhinderung von Diskriminierung im Gesundheitswesen ist der Staat aufgefordert, mit Blick auf rechtswidrige Empfehlungen der SAMW aktiv zu werden. Denkbar wäre in die-

86 ZOLLINGER/KIPFER, N 18.

sem Zusammenhang auch eine spezialgesetzliche Regelung der Triage in der Intensivmedizin, wie dies in vergleichbarer Weise das Transplantationsgesetz für die Verteilung von Organen zu Transplantationszwecken vorsieht.

Literatur

- AEBI-MÜLLER, REGINA E., Behandlungspflichten und Behandlungsentscheide bei Ressourcenknappheit, Jusletter 1. Februar 2021.
- ALWAN, NISREEN A. et al., Scientific consensus on the COVID-19 pandemic: we need to act now, *The Lancet* 31. Oktober 2020, S. e71-e72.
- AVATI, ANAND et al., Improving palliative care with deep learning, *BMC Medical Informatics and Decision Making* 2018, S. 55–64.
- BEAUCHAMP, TOM L./CHILDRESS, JAMES F., *Principles of Biomedical Ethics*, 8. Aufl., Oxford 2019.
- BOGNER, ALEXANDER, *Die Epistemisierung des Politischen. Wie die Macht des Wissens die Demokratie gefährdet*, Ditzingen 2021.
- BUSCH, ANDREA ELISABETH, *Ärztliche Triage in Friedenszeiten – Eine kritische Analyse der Strafbarkeitsrisiken im Lichte der Implikationen des Grundgesetzes*, *ZStW* 2020, S. 742–779.
- EIDENMÜLLER, HORST, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen 1995.
- ENGLÄNDER, ARMIN/ZIMMERMANN, TILL, «Rettungstötungen» in der Corona-Krise?, *NJW* 2020, S. 1398–1402.
- FATEH-MOGHADAM, BIJAN, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts*, Tübingen 2019.
- FATEH-MOGHADAM, BIJAN/GUTMANN, THOMAS, Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, in: Hörnle, Tatjana/Huster, Stefan/Poscher, Ralf (Hrsg.), *Triage in der Pandemie*, Tübingen 2021, S. 291–334 (zit. FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Gleichheit).
- FATEH-MOGHADAM, BIJAN/GUTMANN, THOMAS, Gleichheit vor der Triage. Rechtliche Rahmenbedingungen der Priorisierung von COVID-19-Patienten in der Intensivmedizin, *VerfBlog* 30. April 2020 (zit. FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, VerfBlog).
- FATEH-MOGHADAM, BIJAN/GUTMANN, THOMAS, Rechtsfragen der Organverteilung, in: Gutmann, Thomas et al. (Hrsg.), *Grundlagen einer gerechten Organverteilung*, Berlin/Heidelberg/New York 2003, S. 37–114 (zit. FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, Rechtsfragen).
- FORST, RAINER, *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt a.M. 1994.
- GAEDE, KARSTEN et al., Rechtmäßiges Handeln in der dilemmatischen Triage-Entscheidungssituation, *meds- tra* 2020, S. 129–137.
- GROEBNER, VALENTIN, *Wissenschaftssprache. Eine Gebrauchsanweisung*, Konstanz 2012.
- GUTMANN, THOMAS/LAND, WALTER, Die Natur von Verteilungsentscheidungen, in: Wiesing, Urban (Hrsg.), *Ethik in der Medizin. Ein Studienbuch*, 5. Aufl., Stuttgart 2020, S. 355–357 (zit. GUTMANN/LAND, Verteilungsentscheidungen).
- GUTMANN, THOMAS/LAND, WALTER, Ethische und rechtliche Fragen der Organverteilung: Der Stand der Debatte, in: Brudermüller, Gerd/Seelmann, Kurt (Hrsg.), *Organtransplantation*, Würzburg 2000, S. 87–137 (zit. GUTMANN/LAND, Organverteilung).
- HELD, VIRGINIA, *The Ethics of Care: Personal, Political, and Global*, Oxford 2005.

- HÖRNLE, TATJANA, Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?, in: Hörnle, Tatjana/Huster, Stefan/Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 149-186.
- HOVEN, ELISA, Berücksichtigung von Lebensalter und Lebenserwartung, in: Hörnle, Tatjana/Huster, Stefan/Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 335-370.
- HUSTER, STEFAN, Wer hat Angst vor der Triage? Ähnlichkeiten und Unterschiede zu anderen Priorisierungsentscheidungen und ihre normative Bedeutung, in: Hörnle, Tatjana/Huster, Stefan/Poscher, Ralf (Hrsg.), Triage in der Pandemie, Tübingen 2021, S. 83-107.
- JÄGER, CHRISTIAN/GRÜNDEL, JOHANNES, Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage, ZIS 2020, S. 151-163.
- JANSEN, SCARLETT, Pflichtenkollision bei Triage-Entscheidungen, ZIS 2021, S. 155-169.
- LINDNER, JOSEF FRANZ, Die «Triage» im Lichte der Drittwirkung der Grundrechte, MedR 2020, S. 723-728.
- LUHMANN, NIKLAS, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1995 (zit. LUHMANN, Recht).
- LUHMANN, NIKLAS, ökologische Kommunikation. Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?, Wiesbaden 1986 (zit. LUHMANN, Ökologische Kommunikation).
- LUHMANN, NIKLAS, Medizin und Gesellschaftstheorie, MMG 1983, S. 168-175 (zit. LUHMANN, Medizin).
- MANNINO, ADRIANO, Wen rette ich – und wenn ja, wie viele? Über Triage und Verteilungsgerechtigkeit, Ditzingen 2021.
- MERKEL, REINHARD/AUGSBERG, STEFFEN, Die Tragik der Triage – straf- und verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen, JZ 2020, S. 704-714.
- NACHTWEY, OLIVER/SCHÄFER, ROBERT/FREI, NADINE, Politische Soziologie der Corona-Proteste, SocArXiv 17. Dezember 2020.
- NACOTI, MIRCO et al., At the Epicenter of the Covid-19 Pandemic and Humanitarian Crises in Italy: Changing Perspectives on Preparation and Mitigation, NEJM Catalyst 21. März 2020.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/GÖHLICH, CAROLA, BSK Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 17.
- OSTERKAMP, THOMAS, Juristische Gerechtigkeit. Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht, Tübingen 2004.
- PICECCHI, DARIO, Die Zuteilung knapper medizinischer Ressourcen, sui generis 2020, S. 297-307.
- RAWLS, JOHN, Politischer Liberalismus, Frankfurt a.M. 2003.
- RINDERKNECHT, MIKE D./KLOPFENSTEIN, YANNICK, Predicting critical state after COVID-19 diagnosis: Model development using a large US electronic health record dataset, npj Digital Medicine 20. Juli 2021.
- RÖNNAU, THOMAS/WEGNER, KILIAN, Grundwissen – Strafrecht: Triage, JuS 2020, S. 403-407.
- ROOS, EVELINE/FINGERHUTH, THOMAS, § 26 COVID-19: Straf- und strafprozessrechtliche Implikationen, in: COVID-19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 875-895.
- ROTHMAN, DAVID J., Strangers At The Bedside. A History Of How Law And Bioethics Transformed Medical Decision Making, New York 1991.
- ROXIN, CLAUDIUS/GRECO, LUÍS, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl., München 2020.
- SARACCI, RODOLFO, Learning From COVID-19: Prevention Is a Strategic Principle, Not an Option, AJPH 2020, S. 1803-1804.
- SCHWESTERMANN, MARC-ANTHONY/TOBLER, CHRISTA, Altersdiskriminierung bei medizinischer Ressourcenknappheit? Rechtliche Überlegungen zur Rolle des Alters in den Triagerichtlinien für die COVID-19-Pandemie, Jusletter 14. April 2020.

- SELLMAIER, STEPHAN/VOSSENKUHL, WILHELM, Moralische Ansprüche von Patienten und die Allokation von Spenderorganen, in: Oduncu, Fuat S./Schroth, Ulrich/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.), Transplantation. Organgewinnung und -allokation, Göttingen 2003, S. 131–145.
- SOWADA, CHRISTOPH, Strafrechtliche Probleme der Triage in der Corona-Krise, NStZ 2020, S. 452–460.
- STERNBERG-LIEBEN, DETLEV, Corona-Pandemie, Triage und Grenzen rechtfertigender Pflichtenkollision, MedR 2020, S. 627–637.
- STRATENWERTH, GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011.
- STRENG-BAUNEMANN, ANNE FRANZISKA, «Corona»-Triage – verfassungsrechtliche und strafrechtliche Perspektive, ZIS 2021, S. 170–192.
- TAUPITZ, JOCHEN, Verteilung medizinischer Ressourcen in der Corona-Krise: Wer darf überleben?, MedR 2020, S. 440–450.
- WALTER, TONIO, Menschlichkeit oder Darwinismus? Zu Triage-Regeln und ihren Gründen, GA 2020, S. 656–677.
- WASSMER, MARTIN, Die strafrechtlichen Implikationen der Triage, JA 2021, S. 298–303.
- YAN, LI et al., An interpretable mortality prediction model for COVID-19 patients, Nature Machine Intelligence, Mai 2020, S. 283–288.
- ZOLLINGER, ULRICH/KIPFER, GÉRALDINE, BSK StPO/JStPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 253.

Rechtsschutz in der Krise

Daniela Thurnherr

Inhaltsverzeichnis	Rz.
I. Einleitung	1
II. Rechtsschutz gegen Notverordnungsrecht des Bundes	4
A. Akzessorische Normenkontrolle	4
B. Seitenblick: Kantonale Notverordnungen	7
C. Hürden beim Rechtsschutz gegenüber Notverordnungen des Bundes	9
1. Vorbemerkung	9
2. Anfechtungsobjekt	11
3. Ausnahmen von der gerichtlichen Überprüfbarkeit	14
4. Aktuelles Rechtsschutzinteresse	16
5. Spannungsverhältnis zwischen rascher Krisenbewältigung und zeitintensivem Instanzenzug	20
III. Bestrebungen zu einer Optimierung des Rechtsschutzes	22
A. In der Vergangenheit	22
B. Parlamentarische Initiative 20.430 («Abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen»)	24
IV. Abstrakte Normenkontrolle gegen Notverordnungen	26
A. Kritische Würdigung	26
B. Grenzen der abstrakten Normenkontrolle in Krisenzeiten	32
V. Rechtssetzungs- und weiterer Klärungsbedarf	34
A. Ausgestaltung und Normierung der abstrakten Normenkontrolle von Notverordnungen	34
B. Folgefragen	36
VI. Fazit	37

I. Einleitung

Covid-19 hat deutlich gemacht, dass Krisenzeiten auch für die Justiz herausfordernd sein können. Mit Ansteigen der Fallzahlen stellte sich unweigerlich die Frage, wie die dritte Gewalt unter diesen Umständen ihren Betrieb aufrechterhalten kann. Exemplarisch sei auf drei Herausforderungen hingewiesen: Zunächst war sicherzustellen, dass sich sämtliche Akteure – Gerichte, Behörden, Advokatur und Parteien – in ihrem Arbeitsalltag auf die coronabedingten Erschwerungen einstellen konnten. Der Bundesrat beschloss vor

diesem Hintergrund im März 2020 eine Verlängerung der Gerichtsferien.¹ Er verzichtete richtigerweise auf eine Vertagung sämtlicher Verhandlungstermine und konzentrierte sich vielmehr darauf, zu gewährleisten, dass die Justiz weiterhin funktionsfähig blieb. Nicht anders als in anderen Bereichen stellte sich sodann auch für die Justiz die Frage, inwiefern sich ihre Arbeit digital abwickeln lässt. Das Bundesgericht entschied im Juli 2020, dass Hauptverhandlungen nicht gegen den Willen einer Partei per Videokonferenz durchgeführt werden dürfen, da es hierfür an einer gesetzlichen Grundlage fehlt.² Ob eine solche Regelung geschaffen werden soll, bildet Diskussionsgegenstand im Rahmen des laufenden ZPO-Revisionsvorhabens.³ Die digitale Zukunft der Justiz, die seit geraumer Zeit vorangetrieben wird, dürfte im vergangenen Jahr zweifellos einen zusätzlichen Schub erhalten haben. Und schliesslich war zu klären, ob das Publikum von Verhandlungen, bei denen ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Öffentlichkeit besteht (Art. 30 Abs. 3 BV⁴), ausgeschlossen werden kann, um einer weiteren Ausbreitung von Covid-19 entgegenzuwirken. Diesbezüglich waren die Gerichte gefordert, durch Sicherheitsmassnahmen im Gerichtssaal nach Möglichkeit zu gewährleisten, dass wenigstens die Presse weiterhin Zugang erhalten konnte.

- 2 Diese unmittelbaren Herausforderungen für die Justiz, die in der Zwischenzeit bewältigt werden konnten, werden im vorliegenden Beitrag nicht weiter vertieft. Vielmehr konzentrieren sich die nachstehenden Ausführungen auf einen anderen Aspekt der Justiz in der Krise, nämlich die Rolle der Gerichte bei der Überprüfung von Notrecht. Es wird aufgezeigt, inwiefern *de lege lata* Rechtsschutz gegen Notverordnungen des Bundesrats bzw. der Bundesversammlung besteht, und ausgelotet, ob diesbezüglich Lücken bestehen, deren Schliessung aus rechtsstaatlicher Warte angezeigt wäre.
- 3 Die zahlreichen und teilweise einschneidenden Regelungen, die der Bundesrat und mitunter auch die Kantonsregierungen ergriffen haben, nachdem sich Covid-19 zu verbreiten begann, führten dazu, dass die Rollen der Exekutive und der Legislative eingehend und bisweilen kontrovers diskutiert wurden.⁵ Ungleich weniger Aufmerksamkeit erfuhr demgegenüber die Frage, welche Aufgaben die Justiz in Krisenzeiten übernehmen

1 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, AS 2020 849 ff.

2 BGE 146 III 194, 196 ff. E. 3. Die bundesrätliche Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus vom 16. April 2020 (Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht; SR 272.81) war in casu nicht anwendbar, da sie erst nach der strittigen Hauptverhandlung in Kraft trat.

3 In seinem Entwurf vom 26. Februar 2020 zur Änderung der ZPO schlägt der Bundesrat die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Abnahme gewisser Beweise per Videokonferenz vor. Siehe Art. 170a und Art. 193, BBl 2020 2785 ff. Der erstberatende Ständerat hat diesen Ergänzungen in der Sommersession 2021 zugestimmt und mit Art. 141a und Art. 141b weitere Bestimmungen zu den Grundsätzen und den Voraussetzungen des Einsatzes elektronischer Instrumente zur Ton- und Bildübertragung angenommen (AB S 2021 666 ff.).

4 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

5 Siehe statt vieler BIAGGINI, «Notrecht», S. 239 ff.; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, S. 685 ff.; CARONI/SCHMID, S. 710 ff.; KLEY, S. 268 ff.; STÖCKLI, Pandemiezeiten, S. 9 ff.; WALDMANN, S. 36 ff.

soll. In der jüngeren rechtswissenschaftlichen Debatte wird ein Ausbau des Rechtsschutzes in Krisenzeiten zwar verschiedentlich angeregt,⁶ bislang aber kaum vertieft analysiert. Dieses Desinteresse erstaunt, zumal mittels Notverordnungen verschiedentlich und teilweise in schwerwiegender Weise in Grundrechte – insbesondere die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), den Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV), die Glaubensfreiheit (Art. 15 BV), den Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht (Art. 19 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) – eingegriffen wurde⁷ und die getroffenen Massnahmen aufgrund des Zeitdrucks, der wissenschaftlichen Unsicherheit sowie der Prognoseabhängigkeit behördlichen Handelns fehleranfälliger waren als im ordentlichen Rechtssetzungsverfahren erlassene Akte.⁸

II. Rechtsschutz gegen Notverordnungsrecht des Bundes

A. Akzessorische Normenkontrolle

Verordnungen von Bundesbehörden – und damit auch Notverordnungen – können nicht abstrakt angefochten werden.⁹ Dies wurde im vergangenen Jahr zwar verschiedentlich versucht, allerdings – wenig erstaunlich – ohne Erfolg.¹⁰ Eine Überprüfung von (Not-)Verordnungen ist lediglich im Rahmen der konkreten (inzidenten, vorfrageweisen, akzessorischen) Normenkontrolle möglich. Bei der Anfechtung einer gestützt auf Verordnungsrecht ergangenen Verfügung – beispielsweise der Abweisung eines Entschädigungsgesuchs gestützt auf eine Covid-Verordnung – kann die Widerrechtlichkeit einer der Verfügung zugrunde liegenden Norm geltend gemacht werden.¹¹ Bedarf eine Verordnung keines spezifischen Vollzugsakts, weil sich die Rechtswirkungen, insbesondere die Ge- und Verbote, unmittelbar aus dem Rechtssatz ergeben, ist eine anfechtbare Fest-

6 Siehe STÖCKLI, Gewaltenteilung, Rz. 28 ff. und 36; DERS., Pandemiezeiten, S. 47; STÖCKLI/BELSER/WALDMANN, S. 8.

7 Zur Grundrechtsrelevanz des im Kontext von Covid-19 erlassenen Notverordnungsrechts siehe statt vieler BERNARD, S. 130 ff.; MÖCKLI, S. 237 ff.; ZÜND/ERRASS, S. 75 ff.

8 Vgl. STÖCKLI, Gewaltenteilung, Rz. 28.

9 Siehe Art. 189 Abs. 4 BV, wonach Akte der Bundesversammlung und des Bundesrats nicht angefochten werden können, sowie Art. 82 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110; Anfechtungsobjekte der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten), Art. 133 BGG (Anfechtungsobjekte der subsidiären Verfassungsbeschwerde) und Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32; Anfechtungsobjekte der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht).

10 Statt vieler BGer, Urteil 2C_280/2020 vom 15. April 2020, E. 2.2; BGer, Urteil 2C_776/2020 vom 23. September 2020, E. 2.2; BGer, Urteil 2C_36/2021 vom 14. Januar 2021, E. 2.3; BVGer, Urteil C-1828/2020 vom 4. Mai 2020, E. 2.3; BVGer, Urteil C-2128/2020 vom 19. Mai 2020; BVGer, Urteil C-2517/2020 vom 10. Juni 2020.

11 Siehe für einen Anwendungsfall im Kontext von Covid-19 BGer, Urteil 2D_32/2020 vom 24. März 2021, E. 1.1 (dazu auch sogleich unter diesem Titel); BGE 131 II 670, 673 f. E. 1 (betreffend die damalige SARS-Verordnung).

stellungsverfügung zu verlangen (vgl. auf Bundesebene Art. 25 VwVG¹²); erfolgt die Konkretisierung mittels Realakt, besteht ebenfalls die Möglichkeit, eine alsdann anfechtbare Verfügung zu erwirken (vgl. Art. 25a VwVG).

- 5 Prüfungsmassstab bildet bei auf Art. 173 Abs. 1 lit. c, Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV gestützten Notverordnungen als selbständige Verordnungen¹³ zunächst ihre Verfassungs- und Völkerrechtskonformität.¹⁴ Die Gerichte prüfen daher, ob diese sich an die in der Verfassung festgelegten Kompetenzen halten, insbesondere an deren Gegenstand, Zweck und Umfang, und ob die Grundrechte gewahrt bleiben. Zumindest nach einem Teil der Lehre ist der Bundesrat beim Erlass von verfassungsunmittelbaren Verordnungen zudem an das Gesetz gebunden.¹⁵
- 6 Der Rechtsschutz gegen Notverordnungsrecht unterliegt in Krisenzeiten keinen grundsätzlichen Einschränkungen.¹⁶ Aufgrund der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV kann die gerichtliche Überprüfung lediglich in engem Rahmen ausgeschlossen werden. So hat das Bundesgericht zu Recht festgestellt, dass der in Art. 11 Abs. 3 der (damaligen) COVID-Verordnung Kultur¹⁷ vorgesehene (und breit kritisierte¹⁸) Ausschluss des Rechtsschutzes im Bereich der Ausrichtung von Förderbeiträgen gegen die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV versties.¹⁹

12 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

13 Zur Qualifikation von gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV erlassenen Verordnungen als selbständig siehe statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1862 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 109.

14 Spezifische Fragen, die vorliegend nicht vertieft werden, stellen sich, wenn sich entsprechende Verordnungen nicht oder nicht nur auf die Verfassung, sondern auch oder ausschliesslich auf Gesetzesbestimmungen, insbesondere auf Art. 7 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2021 (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101), stützen. Die Relevanz von Art. 190 BV hängt dabei insbesondere davon ab, ob der gesetzlichen Kompetenzgrundlage ein eigenständiger normativer Gehalt oder bloss deklaratorische Bedeutung attestiert wird. Siehe dazu BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, S. 693 f.

15 So BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 184 N 13a und Art. 185 N 10c mit Hinweis auf weitere, auch abweichende Meinungen.

16 Zur Bedeutung des Ausnahmekatalogs von Art. 32 VGG und Art. 83 BGG in Krisensituationen hinten II.C.3.

17 Verordnung über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor (COVID-Verordnung Kultur) vom 20. März 2020 (gültig bis 20. September 2020; AS 2020 855 ff.).

18 Siehe BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, S. 696 Fn. 111; HÄNER/LANZ KNEISSLER, § 25 Rz. 131; RASCHÈR/UHLIG/NEESER, Rz. 63; UHLMANN/WILHELM, S. 66.

19 BGer, Urteil 2D_32/2020 vom 24. März 2021, E. 1.6.

B. Seitenblick: Kantonale Notverordnungen

In den Kantonen bestehen demgegenüber teils weitergehende Rechtsschutzmöglichkeiten. So können – abhängig von der Umschreibung der Anfechtungsobjekte im kantonalen Prozessrecht²⁰ – Verordnungen (und damit auch Notverordnungen) unter Umständen abstrakt angefochten werden. Dies entbindet die Rechtssuchenden davon, zunächst eine Verfügung zu erwirken; zudem wird unter dem Titel der Legitimation lediglich eine virtuelle Betroffenheit verlangt.²¹ In den Kantonen wurde der Weg der abstrakten Normenkontrolle gegen kantonales Notverordnungsrecht²² und gegen auf das Epidemien-gesetz oder andere Erlasse gestützte Massnahmen im Kontext von Covid-19²³ denn auch verschiedentlich beschritten. Aufgrund von Art. 82 lit. b BGG können kantonale Erlasse anschliessend mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden.²⁴ Daneben ist – nicht anders als auf Bundesebene²⁵ – die akzessorische Überprüfung von kantonalem (Not-)Verordnungsrecht möglich.

Der Rechtsschutz gegen kantonales Recht ist somit umfassender als jener gegen Normen des Bundes. Dass die Reichweite des kantonalen Rechtsschutzes im Kontext von Covid-19 dennoch verschiedentlich Fragen aufgeworfen hat bzw. teilweise an Grenzen stiess, gründet primär in zwei Ursachen: Zum einen bestand aufgrund des Erfordernisses eines aktuellen Rechtsschutzinteresses bisweilen Klärungsbedarf.²⁶ Zum anderen erliesen verschiedene Kantone einzelne Covid-Massnahmen in der Gestalt von Allgemeinverfügungen, was unter dem Titel des Rechtsschutzes spezifische Probleme schuf, weil der Kreis der beschwerdelegitimierten Personen bei Allgemeinverfügungen enger gezogen wird als bei Erlassen.²⁷

20 Für einen vertieften und umfassenden Überblick über die abstrakte Normenkontrolle in den Kantonen siehe DOLESCHAL, S. 57 ff.

21 Siehe zur Legitimation bei der Erlassanfechtung vor Bundesgericht statt vieler BGE 146 I 62, 63 E. 2.1. Aufgrund von Art. 111 Abs. 1 BGG können die Kantone keine strengeren Anforderungen statuieren.

22 Siehe exemplarisch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich AN.2020.0004 vom 28. Mai 2020 betreffend die vom Regierungsrat des Kantons Zürich erlassene Verordnung über die Ausfallentschädigung zugunsten von Kindertagesstätten und Tagesfamilienorganisationen zur Verminderung der wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie vom 22. April 2020.

23 Siehe exemplarisch die Urteile des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, VG.2020.7 vom 31. März 2021 (Verfassungsbeschwerde gegen die Covid-19-Verordnung zusätzliche Massnahmen) und VG.2020.12 vom 21. Mai 2021 (Verfassungsbeschwerde gegen die Änderung der COVID-19-Verordnung Unterstützung Hotellerie Gastronomie).

24 Siehe auch Art. 87 Abs. 1 BGG, wonach unmittelbar die Beschwerde an das Bundesgericht zulässig ist, wenn kein kantonales Rechtsmittel ergriffen werden kann.

25 Dazu vorne II.A.

26 Zu dieser Legitimationsvoraussetzung auch hinten II.C.4.

27 Siehe exemplarisch Verwaltungsgericht des Kantons Solothurn, Urteile VWBES. 2020.333 und VWBES. 2020.38 vom 21. Oktober 2020; Verwaltungsgericht des Kantons St.Gallen, Entscheid B 2020/112 vom 12. Juni 2020; ferner Kantonsgericht Luzern, LGVE 2020 IV Nr. 11 vom 17. September 2020.

C. Hürden beim Rechtsschutz gegenüber Notverordnungen des Bundes

1. Vorbemerkung

- 9 Wenngleich Notverordnungen des Bundes akzessorisch überprüft werden können, erweisen sich verschiedene Sachurteilsvoraussetzungen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31 ff. VGG) sowie der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (Art. 82 ff. BGG) dabei als höhere Hürden als in anderen Konstellationen. Dies gilt insbesondere für das Anfechtungsobjekt, das Erfordernis eines aktuellen Rechtsschutzinteresses sowie die gesetzlich statuierten Ausnahmetatbestände von der gerichtlichen Überprüfung. Zudem besteht ein gewisses Spannungsverhältnis zwischen dem Bedürfnis nach rascher Krisenbewältigung einerseits und der zeitintensiven Ausschöpfung des Instanzenzugs andererseits, das sich zuungunsten der beschwerdeführenden Privaten auswirkt.
- 10 Im Folgenden wird erörtert, inwiefern sich die Charakteristika von Notrechtskonstellationen erschwerend auf die effektive Erlangung gerichtlichen Rechtsschutzes auswirken. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse bereiten den Boden für die anschliessende Analyse der Notwendigkeit einer Stärkung des Rechtsschutzes gegen Notverordnungen des Bundes.²⁸

2. Anfechtungsobjekt

- 11 Die akzessorische Überprüfung von Notverordnungsrecht fällt dann ausser Betracht, wenn (auch) die gestützt darauf ergehenden individuell-konkreten Anordnungen in die Zuständigkeit des Bundesrats gelegt werden. Letztere sind aufgrund von Art. 189 Abs. 4 BV bzw. der Inexistenz gesetzlicher Ausnahmen nämlich nicht anfechtbar. In der Corona-Krise waren entsprechende Zuständigkeitsregelungen zwar nicht zahlreich, existierten aber doch punktuell. Exemplarisch hinzuweisen ist auf die Befugnis des Bundesrats, Hersteller unter bestimmten Voraussetzungen zur Produktion wichtiger medizinischer Güter zu verpflichten.²⁹
- 12 Erschwert wurde der Zugang zur gerichtlichen Überprüfung bundesrätlicher Covid-Notverordnungen daher nicht primär aufgrund des Ausschlusses der Anfechtbarkeit bestimmter Akte, sondern viel eher deshalb, weil sich die Erlangung eines Anfechtungsobjekts aufgrund der Heterogenität entsprechender Massnahmen bisweilen komplex gestaltete.³⁰ Die einschlägigen Verordnungen bedurften teils der Konkretisierung mit-

28 Dazu hinten IV.

29 Siehe Art. 4k der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (COVID-19-Verordnung 2; AS 2020 2195 ff.; in Kraft bis am 22. Juni 2020). Eine parallele Bestimmung findet sich heute in Art. 3 Abs. 2 lit. i des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 (Covid-19-Gesetz; SR 818.102).

30 Eingehend zu dieser Problematik HÄNER/LANZ KNEISSLER, § 25 Rz. 112 ff.

tels Verfügung³¹, teils galten sie direkt und unmittelbar³² oder wurden in der Gestalt von Realakten³³ vollzogen. Verkomplizierend wirkte zudem, dass der Vollzug der einschlägigen Ordnungsbestimmungen partiell dem Bund bzw. den Kantonen oblag, wobei nicht immer offensichtlich war, wer jeweils zuständig war, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Wenn – was verschiedentlich der Fall war – die Normbefolgungsbereitschaft mit der Aussicht auf verwaltungs- oder strafrechtliche Sanktionen gestärkt wurde, stellte sich schliesslich die Frage, ob zunächst eine Sanktion provoziert werden musste, um die Rechtmässigkeit von Notverordnungsrecht in Frage zu stellen, oder ob auch ein Anfechtungsobjekt erlangt werden konnte, bevor behördlicherseits sanktionierend eingegriffen wurde.³⁴

Der Pfad zur akzessorischen Normenkontrolle war somit bisweilen verschlungen, was den Zugang zur gerichtlichen Überprüfung zweifellos erschwerte und zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führte. Entsprechende Schwierigkeiten können zwar auch bei Verordnungen gesetzesvertretender und vollziehender Natur auftreten. Aus der Rechtsschutzperspektive resultieren dabei allerdings kaum Konsequenzen, da einschneidende Regelungen ohnehin einer gesetzlichen Grundlage bedürfen und somit das Anwendungsgebot von Art. 190 BV zum Tragen kommt.

3. *Ausnahmen von der gerichtlichen Überprüfbarkeit*

Von massgeblicher Bedeutung für die Reichweite des Rechtsschutzes gegen Notverordnungsrecht ist sodann der Ausnahmekatalog der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 32 VGG) bzw. der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (Art. 83 BGG). Ausgenommen von der gerichtlichen Überprüfung sind – ausser, das Völkerrecht (insbesondere Art. 6 Ziff. 1 EMRK³⁵) würde einen Anspruch auf gerichtliche Überprüfung statuieren – unter anderem «Entscheide auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes» (Art. 83 lit. a BGG; Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG). Da das Begriffspaar der inneren und äusseren Sicherheit auch bei der Umschreibung der Voraussetzungen von Notverordnungsrecht nach Art. 173 Abs. 1 lit. a–d sowie Art. 185 Abs. 3 BV Verwendung findet, stellt sich die Frage, ob die

31 Exemplarisch hinzuweisen ist auf Art. 4b COVID-19-Verordnung 2 betreffend die Ausfuhrbewilligung des SECO für bestimmte Heilmittel.

32 So etwa Art. 3d COVID-19-Verordnung 2 betreffend das Verbot von Einkaufstourismus.

33 Beispielsweise sah Art. 8 Abs. 3 COVID-19-Verordnung 2 die Betriebsschliessung vor Ort durch die zuständige kantonale Behörde mittels Realakt vor.

34 Dass dies teilweise nicht leicht möglich war, lässt sich am Beispiel von Art. 3b und Art. 10f Abs. 5 COVID-19-Verordnung 2 veranschaulichen, wonach eine Verletzung des Verbots des Einkaufstourismus unmittelbar zu einer umgehend zu entrichtenden Busse durch die Eidgenössische Zollverwaltung führte.

35 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101).

akzessorische Normenkontrolle von Notverordnungsrecht auf Bundesebene generell am Ausnahmekatalog scheitert.³⁶

- 15 In der Literatur wird teilweise impliziert, dass die erwähnten Ausnahmebestimmungen einer akzessorischen Überprüfung der Covid-19-Notverordnungen entgegenstehen.³⁷ Dies ist abzulehnen.³⁸ Als Ausnahme von der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) ist das Begriffspaar der inneren und äusseren Sicherheit in einem engen Sinn zu verstehen. Davon erfasst sind lediglich Regierungsakte, sogenannte «actes de gouvernement», die ausgeprägt politischer Natur und durch ein grosses Ermessen gekennzeichnet sind.³⁹ Nicht darunter fallen demgegenüber Massnahmen, die den Schutz der öffentlichen Gesundheit oder der wirtschaftlichen Stabilität bezwecken. Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass die erwähnten Ausnahmen von der gerichtlichen Überprüfung in bestimmten Krisensituationen den Rechtsschutz durchaus weitgehend beschränken. Bei den Massnahmen im Kontext von Covid-19 war dies indes nicht der Fall, da diese nicht in einem engeren Sinn verstandene Sicherheitsanliegen verfolgten, sondern dem Schutz der öffentlichen Gesundheit und der Abfederung wirtschaftlicher Folgeprobleme dienten.

4. *Aktuelles Rechtsschutzinteresse*

- 16 Erschwert wird der Zugang zum Rechtsschutz in Krisenzeiten sodann aufgrund des Erfordernisses eines aktuellen und praktischen Rechtsschutzinteresses.⁴⁰ Zum Zeitpunkt, in dem sich ein Gericht mit einem Rechtsmittel betreffend Notverordnungsrecht befasst, ist letzteres unter Umständen nicht mehr in Kraft, weil die Krisenlage in der Zwischenzeit beseitigt werden konnte. Zwar wird auf ein aktuelles Interesse verzichtet, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, eine rechtzeitige richterliche Prüfung kaum je möglich wäre und aufgrund von deren grundsätzlicher Bedeutung ein öffentliches Interesse an der Klärung besteht.⁴¹
- 17 Der Verzicht auf ein aktuelles Interesse kommt üblicherweise in Konstellationen zum Tragen, in denen der Verfahrensgegenstand an ein bereits verstrichenes Datum oder ein Zeitfenster in der Vergangenheit gekoppelt ist, die einschlägige Rechtsgrundlage aber weiterhin in Kraft ist und künftig auf andere Situationen Anwendung finden wird. Demgegenüber kennzeichnen sich die vorliegend interessierenden Problemlagen dadurch, dass der Wegfall des aktuellen Interesses in der Befristung der der Verfügung zugrunde

36 Einer vorfrageweisen Überprüfung von Verordnungen des Bundesrats durch kantonale Gerichte stehen diese Bestimmungen nicht entgegen. Siehe TRÜMLER/UHLMANN, § 19 Rz. 25.

37 Vgl. GERBER, Rz. 9, der von einem Ausschluss der Anfechtbarkeit auszugehen scheint.

38 So auch BVGer, Urteil A-4372/2020 vom 18. März 2021, E. 1.1; STÖCKLI, Pandemiezeiten, S. 45 ff.

39 Siehe BGE 142 II 313, 319 f. E. 4.3; HÄBERLI, in: BSK BGG, Art. 83 N 20; RECHSTEINER, Rz. 928.

40 Zu dieser Legitimationsvoraussetzung statt vieler BGE 147 I 1, 7 f. E. 3.4 mit weiteren Hinweisen.

41 Statt vieler BGE 131 II 670, 673 ff. E. 1 ff. (betreffend die zum Zeitpunkt des Urteils nicht mehr in Kraft stehende Verordnung betreffend Massnahmen des Bundesamtes für Gesundheit zur Prävention des Schweren Akuten Respiratorischen Syndroms [SARS] vom 1. April 2003 [SARS-Verordnung; AS 2003 785 f.]).

liegenden, auf eine singuläre Notlage zugeschnittenen Norm liegt. Eine solche Norm könnte zwar auch künftig wieder erlassen werden, allerdings charakterisieren sich Krisensituationen in der Regel durch ihre Singularität, weshalb eine Wiederholung tendenziell ausgeschlossen ist. Aus diesem Grund hat das Bundesgericht im SARS-Entscheid denn auch keine Überprüfung des Inhalts der gegenstandslos gewordenen gesundheitspolizeilichen Massnahmen vorgenommen, da «wenig Wahrscheinlichkeit» bestand, «dass sich die der Verfügung [...] zugrunde liegende Sach- und Problemlage in gleicher oder ähnlicher Weise wiederholen wird»⁴².

Ob sich das Erfordernis des aktuellen Interesses mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV sowie mit Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 EMRK vereinbaren lässt, ist zwar fraglich.⁴³ Bislang finden sich allerdings kaum Urteile, in denen explizit von dieser Legitimationsvoraussetzung Abstand genommen wurde.⁴⁴ Auch in der jüngsten Rechtsprechung zur Rechtmässigkeit von kantonalen Covid-Verordnungen hat das Bundesgericht am Erfordernis eines aktuellen Rechtsschutzinteresses festgehalten.⁴⁵

Nicht ausgeschlossen ist im Übrigen, dass eine Notverordnung nach Ausschöpfung eines Teils des Instanzenzugs ausser Kraft tritt. Hat bereits ein Gericht (bzw. mit Blick auf Art. 13 EMRK eine hinreichend unabhängige Rechtsmittelinstanz) entschieden, bestehen keine verfassungs- oder menschenrechtlichen Argumente zugunsten eines Verzichts auf ein aktuelles Interesse, da die vorab erwähnten Rechtsweg- bzw. Rechtsschutzgarantien keinen doppelten Instanzenzug fordern. Obliegt der Vollzug von Bundesrecht den Kantonen kann der Rechtsschutz allerdings faktisch dadurch limitiert werden, dass die kantonalen Gerichte – trotz des diffusen Normenkontrollsystems⁴⁶ – aufgrund des Bedürfnisses nach einer raschen und wirkungsvollen Problemlösung und zwecks Vermeidung einer uneinheitlichen kantonalen Praxis Zurückhaltung bei der akzessorischen Kontrolle von Bundesrecht an den Tag legen.

5. *Spannungsverhältnis zwischen rascher Krisenbewältigung und zeitintensivem Instanzenzug*

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass ein Spannungsverhältnis zwischen dem Bedürfnis nach rascher (primär exekutiver) Reaktion in Krisenzeiten einerseits und der langen Zeitdauer bis zur letztinstanzlichen Klärung der Rechtmässigkeit der getroffenen Massnahmen andererseits besteht. Dieses Spannungsverhältnis wird insofern zulasten der Rechtssuchenden aufgelöst, als diese in der Regel während längerer Zeit einschneidende

42 BGE 131 II 670, 675 E. 2.3 ff. Geprüft wurde demgegenüber die grundsätzliche Frage der Zuständigkeit des Bundesrats zur Ergreifung entsprechender Massnahmen (a.a.O., E. 3.1). Siehe zudem die Hinweise auf weitere aktuelle Entscheide betreffend abstrakte Normenkontrollen von kantonalen Covid-19-Verordnungen, in denen sich das Bundesgericht zur Beschränkung auf Streitfragen, die sich in Zukunft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit wieder stellen werden, äusserte, hinten Fn. 75.

43 Eingehend dazu SPORI, S. 147 ff.; statt vieler auch RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Rz. 1157; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 1359.

44 Eine Ausnahme bildet BVGE 2013/33 E. 1.4.

45 Siehe dazu hinten IV.B. und insbesondere die Hinweise in Fn. 75.

46 Siehe statt vieler ZIMMERLI, S. 446 f.

Massnahmen zu tragen haben, bevor letztinstanzlich über deren Zulässigkeit entschieden ist.⁴⁷ Dass aufgrund der definitionsgemässen Schwere der Gefährdungslage und der Dringlichkeit der Massnahmen die aufschiebende Wirkung in diesen Konstellationen tendenziell entzogen bzw. nicht gewährt wird, hat nämlich zur Folge, dass belastende Anordnungen während eines hängigen Rechtsmittelverfahrens in Kraft bleiben. Zudem wurde in verschiedenen Bestimmungen der Covid-19-Verordnung 2 der präventive Rechtsschutz ausser Kraft gesetzt, indem deren sofortige Vollstreckbarkeit und der Entzug der aufschiebenden Wirkung statuiert wurden.⁴⁸

- 21 Selbst für den Fall, dass das Bundesgericht (oder eine andere vorgängig zuständige Instanz) später zum Schluss käme, eine bestimmte Regelung sei widerrechtlich, wird kaum je ein staatshaftungsrechtlicher Anspruch bejaht werden, da die Fehlerhaftigkeit nicht den Grad einer wesentlichen Amtspflichtverletzung⁴⁹ aufweisen dürfte.⁵⁰ Die Betroffenen müssen sich daher mit der Feststellung unrechtmässigen Handelns begnügen.

III. Bestrebungen zu einer Optimierung des Rechtsschutzes

A. In der Vergangenheit

- 22 Mit dem Bundesgesetz über die Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen vom 17. Dezember 2010⁵¹ nahm das Parlament verschiedene Anpassungen am RVOG⁵², am ParlG⁵³ sowie am FHG⁵⁴ vor, um in diesen Situationen die parlamentarische Kontrolle zu verbessern. Die Änderungen betrafen primär die Befristung von Notverordnungen sowie finanzrechtliche Fragen. Demgegenüber wurden keine Vorkehrungen getroffen, um Notrecht zeitnah einer gerichtlichen Überprüfung unterziehen zu können.
- 23 Kurze Zeit nach Inkrafttreten des erwähnten Gesetzes wurden auf politischer Ebene Stimmen laut, die eine Stärkung des Rechtsschutzes in ausserordentlichen Lagen forderten. Eine entsprechende Motion wurde 2011 von der Staatspolitischen Kommission des

47 Vgl. auch BGE 2C_8/2021 vom 25. Juni 2021, E. 2.3.2, in dem das Bundesgericht in einem Fall, der die abstrakte Anfechtung einer kantonalen Covid-19-Verordnung betraf, ausführte, es wäre «für alle Beteiligten mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit verbunden, wenn jeweils konkrete Anwendungsfälle abgewartet werden müssten, um eine inzidente Normenkontrolle der streitbetroffenen Verordnungen durch alle Instanzen hindurch zu erwirken».

48 Siehe exemplarisch Art. 3 Abs. 3 COVID-19-Verordnung 2 betreffend Verweigerung der Einreise in die Schweiz.

49 Zu diesem Erfordernis statt vieler BGE 132 II 449, 457 E. 3.3.

50 So auch UHLMANN/WILHELM, S. 72.

51 AS 2011 1381 ff.

52 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010).

53 Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz; SR 171.10).

54 Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 7. Oktober 2005 (Finanzhaushaltsgesetz; SR 611.0).

Nationalrats eingereicht.⁵⁵ Der Bundesrat sollte beauftragt werden, der Bundesversammlung den Entwurf einer gesetzlichen Regelung zu unterbreiten, die den Rechtsschutz gegen auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV gestützte Verordnungen und Verfügungen des Bundesrats sowie gegen entsprechende Verordnungen und einfache Bundesbeschlüsse der Bundesversammlung nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV gewährleisten. Zur Begründung wurde vorgebracht, Verfügungen des Bundesrats und einfache Bundesbeschlüsse der Bundesversammlung könnten aufgrund von Art. 189 Abs. 4 BV nicht angefochten werden. Bei den Verordnungen bestehe zwar immerhin die Möglichkeit, einen späteren Anwendungsakt einer nachgeordneten Instanz anzufechten. Die Abgrenzung zwischen Verordnung und Verfügung sei aber bisweilen nicht eindeutig; zudem könne nicht ausgeschlossen werden, dass eine Verordnung auch ohne Umsetzung durch Anwendungsakte unmittelbar in die Rechte von Personen eingreife. Wie die weiteren Ausführungen unter dem Titel der Begründung zeigen, wurde mit dieser Motion primär die Überwindung des fehlenden Rechtsschutzes «von Personen, die durch notrechtliche Massnahmen direkt betroffen werden», bezweckt. Der Bundesrat führte in seiner Stellungnahme vom 4. Mai 2011 aus, aus Art. 29a BV sowie Art. 6 Ziff. 1 und 13 EMRK resultiere kein absoluter Anspruch auf gerichtliche Anfechtung staatlicher Verfügungen. Verordnungen könnten von den rechtsanwendenden Behörden im konkreten Einzelfall auf ihre Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht geprüft werden. Wirke eine Verordnung wie eine Verfügung, d.h. greife sie unmittelbar in die Rechte konkreter Personen ein, so könnten die Betroffenen Rechtsschutz verlangen, ohne dass noch ein Anwendungsakt abgewartet werden müsse.⁵⁶ Anders als der Nationalrat⁵⁷ folgte der Ständerat⁵⁸ dem bundesrätlichen Antrag, die Motion abzulehnen.

B. Parlamentarische Initiative 20.430 («Abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen»)

Mit der Corona-Krise ist das Thema des Rechtsschutzes gegen Notrecht erneut auf die politische Agenda gerückt. Während der Fokus 2011 unter dem Eindruck der Rekapitalisierung der UBS sowie der Massnahmen im Zusammenhang mit der internationalen Terrorismusbekämpfung eher auf Einzelentscheiden lag, weckten die exekutiven Reaktionen auf Covid-19 das Bewusstsein für die weitreichenden Konsequenzen generell-abstrakter Normen in Krisenzeiten. 24

55 Motion 11.3006 («Rechtsschutz in ausserordentlichen Lagen») der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats vom 3. Februar 2011.

56 Die vom Bundesrat an dieser Stelle genannten Belege, namentlich VPB 2007 Nr. 6 E. II.4 sowie BGE 133 II 450, 454 E. 2.1, betrafen allerdings nicht Verordnungen, die ohne einzelfallweise Konkretisierung Pflichten für sämtliche Rechtsunterworfenen begründen, sondern die Nennung bestimmter Personen im Anhang zur Talibanverordnung (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 046.203]).

57 AB N 2011 2102 ff.

58 AB S 2012 51 ff.

- 25 Im Mai 2020 wurde eine parlamentarische Initiative mit dem Titel «Abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen» eingereicht.⁵⁹ Beantragt wird, die rechtlichen Grundlagen zu schaffen, «um eine zeitnahe abstrakte (prinzipale) gerichtliche Normenkontrolle von Notverordnungen des Bundesrates (Art. 185 Abs. 3 BV i.V.m. Art. 7d RVOG) und des Parlaments (Art. 173 Abs. 1 Bst. c BV i.V.m. Art. 7d Abs. 3 RVOG) vornehmen zu können». Begründet wird das Anliegen unter Hinweis darauf, dass die Corona-Krise gezeigt habe, dass bundesrätliche Notverordnungen weitreichende Grundrechtseinschränkungen nach sich ziehen könnten. Gleichermassen beschränkend könnten sich auch Notverordnungen des Parlaments auswirken. Für die Überprüfung von deren Verhältnismässigkeit sei die konkrete Normenkontrolle «mit dem üblichen, langen Fristenlauf» nicht geeignet. Die Staatspolitische Kommission des Nationalrats hat der parlamentarischen Initiative am 21. Mai 2021 Folge gegeben. Ihre weitere Behandlung steht noch aus.

IV. Abstrakte Normenkontrolle gegen Notverordnungen

A. Kritische Würdigung

- 26 Die Rechtsweggarantie von Art. 29a BV verlangt bekanntlich keine abstrakte Normenkontrollmöglichkeit.⁶⁰ Wenngleich der Status quo bezüglich Rechtsschutz gegen Notverordnungen somit in Übereinstimmung mit den verfahrensgrundrechtlichen Anforderungen steht, stellt sich die Frage, ob aus rechtsstaatlicher Warte ein Ausbau in der Gestalt der abstrakten Normenkontrolle gegen Notverordnungen angezeigt wäre.⁶¹
- 27 Betrachtet man die zuvor erwähnten Defizite, mit denen der Rechtsschutz in Krisenzeiten behaftet ist,⁶² sprechen verschiedene Argumente zugunsten von dessen Stärkung in Gestalt der abstrakten Normenkontrolle. Wie gezeigt, erfolgt der Rechtsschutz in der Krise regelmässig zu spät oder – wenn es an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse oder hinreichenden Gründen für den Verzicht auf dieses Erfordernis mangelt – überhaupt nicht. Dem liesse sich durch einen Verzicht auf ein aktuelles Rechtsschutzinteresse bzw. durch eine grosszügigere Handhabung dieses Erfordernisses zwar teilweise entgegenwirken. Allerdings hat sich der Schaden zum Zeitpunkt der gerichtlichen Überprüfung verschiedentlich bereits in unwiederbringlicher Weise materialisiert und eine Gutheissung dürfte die strengen Anforderungen der Staatshaftung für fehlerhafte Rechtsakte in der Regel nicht erfüllen. Zudem ist der Weg der akzessorischen Überprüfung, wie ein-

59 Parlamentarische Initiative 20.430 («Abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen») der Grünen Fraktion vom 6. Mai 2020.

60 Statt vieler KLEY, SG-Kommentar BV, Art. 29a N 12.

61 Nicht beleuchtet wird im vorliegenden Beitrag die Notwendigkeit der Schliessung von Rechtsschutzlücken im Kontext individuell-konkreter Anordnungen der Bundesversammlung bzw. des Bundesrats. Zu den diesbezüglich bestehenden Defiziten siehe UHLMANN/BIAGGINI, Rz. 75 ff.

62 Siehe vorne II.C.

gangs erläutert, verschiedentlich unklar, vor allem bei Verordnungen, die unmittelbar Pflichten begründen oder deren Verletzung direkt sanktioniert wird.⁶³

Die Möglichkeit der abstrakten Anfechtung von Notverordnungsrecht würde diese Defizite überwinden. Die zeitnahe Anrufung des Bundesgerichts⁶⁴ unabhängig von einem konkreten Rechtsanwendungsakt würde rasch für Klarheit sowie Rechtssicherheit sorgen und die Rechtsunterworfenen von der bisweilen komplexen Suche nach einem Anfechtungsobjekt entbinden. Zwar ist nicht zu verkennen, dass auch Verordnungsbestimmungen, die sich auf Gesetzesrecht – beispielsweise das Covid-19-Gesetz – stützen, unter dem Titel des Rechtsschutzes teils ähnliche Probleme generieren. Die betreffenden Normen sind allerdings nach dem Willen des Verfassungsgebers vom Anwendungsgebot von Art. 190 BV erfasst, was zur Folge hat, dass nur geprüft werden kann, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm durch Gesetz eingeräumten Befugnis gehalten hat. Demgegenüber ist die gerichtliche Kontrolle selbständiger Verordnungen grundsätzlich unbeschränkt, was es rechtfertigt, besonderes Augenmerk auf ihre Wirksamkeit zu richten.⁶⁵

Als weiteres Argument für eine Stärkung des Rechtsschutzes gegen Notverordnungen kann das Bedürfnis nach ergänzenden Mechanismen der Gewaltenhemmung in einer Situation der Machtverschiebung zugunsten der Exekutive ins Feld geführt werden.⁶⁶ Diesbezüglich wurde in der jüngeren Vergangenheit vornehmlich ein Ausbau der Instrumente der parlamentarischen Oberaufsicht thematisiert.⁶⁷ Letztere sind allerdings primär politischer Natur. Sie können die verfassungsrechtliche Kontrolle, die *de lege lata* neben den beschränkten Möglichkeiten der Justiz primär der Verwaltung selbst obliegt, nicht ersetzen. Vielmehr ergänzen sich die gewaltenhemmenden Aufgaben der Legislative und der Judikative gegenseitig.⁶⁸

63 Nicht als Argument zugunsten eines Ausbaus des Rechtsschutzes in Krisenzeiten taugt demgegenüber der Hinweis auf Folgeprobleme der Gutheissung eines Rechtsmittels mit Bezug auf die nicht angefochtenen Fälle. Wer innert Frist kein Rechtsmittel ergreift, ist – vorbehaltlich des seltenen Falls der Nichtigkeit – mit der formellen Rechtskraft und der damit einhergehenden erhöhten Unabänderbarkeit konfrontiert. Diesbezüglich handelte es sich bei der bundesgerichtlich konstatierten Feststellung der Widerrechtlichkeit von Art. 11 Abs. 3 der damaligen COVID-Verordnung Kultur um einen Spezialfall (BGer, Urteil 2D_32/2020 vom 24. März 2021; dazu auch vorne II.A.). Gemäss einem allgemeinen prozessrechtlichen Grundsatz, der in Art. 38 VwVG normiert ist, darf den Parteien aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil entstehen. Da der verfassungswidrige Ausschluss der Anfechtbarkeit zu einer mangelhaften Eröffnung führte, zeitigte die Gutheissung der Beschwerde durch das Bundesgericht auch Konsequenzen für alle weiteren, gestützt auf die damalige COVID-Verordnung Kultur ergangenen Verfügungen.

64 Zum Instanzenzug hinten V.A.

65 Statt vieler BVer, Urteil C-5074/2020 vom 25. Mai 2021, E. 4.5.

66 Zur Bedeutung der Gewaltenhemmung in ausserordentlichen Zeiten siehe WALDMANN, S. 39 ff.

67 Siehe statt vieler WILHELM/UHLMANN, S. 4 ff.; STÖCKLI, Pandemiezeiten, S. 38 f.; WALDMANN, S. 40 f.

68 So kommt beispielsweise im Bereich der zur Abfederung von wirtschaftlichen und sozialen Härten erlassenen Sekundärmassnahmen primär der Legislative die Aufgabe zu, korrigierend zu wirken, fehlt es doch in der Regel an legitimierte Beschwerdeführern.

- 30 Diesen Argumenten, die für eine Stärkung des Rechtsschutzes in Gestalt einer abstrakten Normenkontrolle sprechen, sind mögliche Einwände gegenüberzustellen. Die Etablierung einer abstrakten Normenkontrollmöglichkeit würde in einer Situation wie im vergangenen Jahr, die sich durch eine überaus aktive Verordnungsgebungstätigkeit kennzeichnete, aufgrund der kontroversen Rezeption verschiedener Anordnungen kurzfristig zu einer starken Belastung des Bundesgerichts führen. Relativierend ist anzumerken, dass Krisensituationen – so ist zumindest zu hoffen – Ausnahme bleiben und der vorliegend thematisierte Ausbau des Rechtsschutzes daher nicht zu einer konstanten zusätzlichen Belastung des Bundesgerichts führen würde. Gegen die Einführung einer abstrakten Normenkontrolle könnte sodann die mangelnde Vertrautheit des Bundesgerichts mit der abstrakten Kontrolle von Erlassen des Bundes ins Feld geführt werden.⁶⁹ Dem lässt sich allerdings entgegenhalten, dass das Bundesgericht über vergleichbare Expertise aus der abstrakten Überprüfung von kantonalem Recht verfügt und die akzesorische Normenkontrolle von Bundesrecht das Bundesgericht im Übrigen vor ähnliche Herausforderungen stellt.
- 31 Abschliessend ist festzuhalten, dass die abstrakte Kontrolle von Notverordnungen⁷⁰ deren *de lege lata* eingeschränkter Korrekturmöglichkeit entgegenwirken und Rechtsschutzlücken schliessen könnte. Insbesondere würde dadurch sichergestellt, dass – ungeachtet der fehlenden aufschiebenden Wirkung⁷¹ – rascher als gegenwärtig Rechtsschutz erlangt und Rechtssicherheit geschaffen werden könnte. Aus verfassungsrechtlicher Warte ist ein Ausbau des Rechtsschutzes zwar nicht zwingend geboten. Wie gezeigt, bestehen aber gute Gründe für diesen Schritt, wenngleich davon auszugehen ist, dass das Bundesgericht – auch wenn wir heute unter einem anderen Eindruck stehen – nicht allzu oft mit entsprechenden Rechtsmitteln konfrontiert wäre.

B. Grenzen der abstrakten Normenkontrolle in Krisenzeiten

- 32 Zu warnen ist allerdings vor übersteigerten Erwartungen an die abstrakte Normenkontrolle von Notverordnungen. In Anbetracht ihres Wissens- und Informationsvorsprungs gibt die Verwaltung (auch) in Krisenzeiten die Richtung vor, während die Judikative nur, aber immerhin reaktiv und unter der Voraussetzung, dass überhaupt ein Rechtsmittel ergriffen wird, tätig werden kann. Mangels einschlägiger Fachkenntnisse reduziert das Bundesgericht zudem seine Prüfungsdichte in Konstellationen, deren Überprüfung auf Expertenwissen angewiesen ist.⁷² Sodann ist davon auszugehen, dass aufgrund der regelmässig vorliegenden zeitlichen Dringlichkeit von Massnahmen zur Krisenbewältigung kaum je gestützt auf Art. 103 Abs. 3 BGG die aufschiebende Wirkung gewährt würde, zumal entsprechende Gesuche bei Beschwerden gegen Erlasse ohnehin nur zurückhal-

69 Zur Inexistenz der abstrakten Normenkontrolle gegenüber Erlassen des Bundes vorne II.A.

70 STÖCKLI, Gewaltenteilung, Rz. 35, spricht in diesem Kontext von einer «Notrechtsbeschwerde».

71 Dazu sogleich IV.B.

72 Siehe dazu SCHOTT, in: BSK BGG, Art. 95 N 12a ff.

tend gutgeheissen werden.⁷³ Im Übrigen ist nicht ausgeschlossen, dass es bei Notverordnungen mit kurzer Geltungsdauer trotz abstrakter Normenkontrollmöglichkeit an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse mangelt, weil der Erlass zum Zeitpunkt des Entscheids nicht mehr in Kraft ist.⁷⁴ Zwar gilt auch bei der abstrakten Normenkontrolle, dass vom Erfordernis der Aktualität des Interesses abgesehen werden kann, wenn sich die mit der Beschwerde aufgeworfenen grundsätzlichen Fragen jeweils unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, ohne dass im Einzelfall rechtzeitig eine richterliche Prüfung stattfinden könnte.⁷⁵ Allerdings kennzeichnen sich Krisensituationen in der Regel durch ihre Singularität, die dazu führt, dass eine Wiederholung tendenziell ausgeschlossen ist.⁷⁶ Immerhin dürfte ein Ausschluss der Überprüfung mangels aktuellen Rechtsschutzinteresses seltener sein als nach geltendem Prozessrecht, wonach zunächst eine Verfügung erwirkt und anschliessend der Instanzenzug durchlaufen werden muss. Zudem sind zwar unter Umständen nicht die einzelnen Massnahmen, aber jedenfalls der Umfang der Verordnungskompetenz grundsätzlicher Natur und daher auch nach Ausserkraftsetzung der betreffenden Norm noch überprüfbar.⁷⁷ In einem jüngeren Entscheid hat das Bundesgericht auch ein kantonales Versammlungsverbot als nicht mehr in Kraft stehende konkrete Massnahme einer materiellen Prüfung unterzogen,⁷⁸ während die Maskenpflicht unter anderem mangels Aktualität nicht näher untersucht wurde⁷⁹ und das Bundesgericht im Übrigen festhielt, es könne «die Überprüfung auf diejenigen Streitfragen beschränken, die sich in Zukunft mit einer gewissen Wahr-

73 Siehe exemplarisch die Verfügung des Bundesgerichts 2C_183/2021 vom 22. März 2021. Angefochten war die Pflicht zum Maskentragen ab dem 5. Primarschuljahr im Kanton Bern. Das Gericht wies das Gesuch einer Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ab (Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 26. März 2021, <<https://www.bger.ch/index/press/press-inherit-template/press-mitteilungen.htm>> [letztmals besucht am 6. August 2021]).

74 Siehe dazu das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht VG.2020.4 vom 16. November 2020, E. 1.3.1, wonach sich die besondere Erleichterung der Legitimationsvoraussetzungen der abstrakten Normenkontrolle nur auf die Betroffenheit durch den Inhalt des angefochtenen Erlasses bezieht. Aus dem Erfordernis des aktuellen Interesses resultiere, dass der Erlass zum Zeitpunkt des Entscheids noch bestehen müsse.

75 Siehe dazu vorne II.C.4. Jüngst hat sich das Bundesgericht in verschiedenen Urteilen bezüglich kantonaler Covid-Massnahmen zum Erfordernis des aktuellen Interesses bzw. zum Verzicht darauf im Kontext von abstrakten Normenkontrollen geäussert. Siehe BGE 2C_8/2021 vom 25. Juni 2021, E. 2.2.; BGer, Urteil 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021, E. 1.2.; BGer, Urteil 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021, E. 1.4.

76 Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht, Urteil VG.2020.4 vom 16. November 2020, E. 1.3.3 (mit Bezug auf die Corona-Pandemie); BGE 131 II 670, 674 ff. (bezüglich der gesundheitspolizeilichen Massnahmen im Kontext der Infektionskrankheit SARS). Dazu auch vorne II.C.4.

77 Siehe BGE 131 II 670, 674 ff. E. 2 wurde denn auch die grundsätzliche Zuständigkeit des Bundesrats beziehungsweise die Tragweite von Art. 10 des damals in Kraft stehenden Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 18. Dezember 1970 (Epidemiengesetz, AS 2015 1435 ff.) geprüft. Diese Bestimmung entspricht Art. 7 des geltenden EpG.

78 BGE 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021, E. 3.

79 A.a.O., E. 1.9.2.

scheinlichkeit wieder stellen werden»⁸⁰. Wie diese Wahrscheinlichkeit konkret beurteilt wurde, bleibt aufgrund der Erwägungen unklar. Demgegenüber wird in einem anderen Urteil die Überprüfung von nicht mehr in Kraft stehenden kantonalen Massnahmen explizit damit begründet, diese könnten erneut ergriffen werden, wenn die gleichlautenden bundesrechtlichen Vorgaben dereinst dahinfallen, ohne dass das Bundesgericht im Einzelfall eine rechtzeitige Überprüfung vornehmen könnte.⁸¹ Das Bundesgericht trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die Bekämpfung von Covid-19 Züge einer rollenden Planung aufweist.

- 33 Trotz der soeben erörterten Relativierungen des Rechtsschutzes könnte die Etablierung einer abstrakten Normenkontrolle von Notverordnungen den Rechtsschutz in Krisenzeiten durchaus stärken. Gegenstand der Überprüfung dürften primär zwei Themenkomplexe bilden: Im Vordergrund stünde die Überprüfung der Grundrechtskonformität entsprechender Massnahmen und zwar insbesondere deren Verhältnismässigkeit.⁸² Exemplarisch hinzuweisen ist auf den Ausschluss gewisser Dienstleistungszweige von Öffnungsschritten oder die bis zum 2. August 2020 geltenden Einreisebeschränkungen für Personen, die eine Lebenspartnerin oder einen Lebenspartner in der Schweiz haben, mit dieser bzw. diesem aber weder verheiratet sind, noch in einer eingetragenen Partnerschaft leben oder minderjährige Kinder haben.⁸³ Ohne die Art und Weise der Erfüllung der anspruchsvollen Aufgaben, die der Verwaltung in Krisenzeiten obliegen, zu kritisieren, sei doch darauf hingewiesen, dass in solchen Situationen überschüssende oder ungeeignete Massnahmen nicht ausgeschlossen sind, zumal eine rasche Entscheidungsfindung und Implementierung geboten ist. Gegenstand gerichtlicher Überprüfung kann daneben die Reichweite der Kompetenzgrundlagen bilden.⁸⁴

80 A.a.O., E. 1.2; anders demgegenüber im gleichentags gefällten Urteil des Bundesgerichts 2C_793/2020 E. 1.4, in welchem das Bundesgericht mit einer hinreichenden Rüge der Grundrechtswidrigkeit der Maskenpflicht konfrontiert war. Zu den Gründen für den Verzicht auf ein aktuelles Interesse siehe die weiteren Ausführungen in diesem Abschnitt.

81 BGE 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021, E. 1.4.

82 Auf die Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips wies das Bundesgericht beispielsweise jüngst in BGE 2C_941/2020 vom 8. Juli 2021, E. 3.2.4 betreffend ein kantonales Verbot von Veranstaltungen mit mehr als 10 bzw. 30 Personen hin.

83 Siehe die Weisung des Staatssekretariats für Migration SEM vom 26. Juni 2021 in Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 sowie Art. 4 der Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) vom 18. Juni 2020 (SR 818.101.24; Covid-19-Verordnung 3).

84 Für einen Anwendungsfall zum kantonalen Recht siehe das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich AN.2020.0004 vom 28. Mai 2020 betreffend die Reichweite der Notrechtskompetenz des Regierungsrats gestützt auf Art. 72 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (SR 131.211); siehe überdies die in Fn. 75 genannten Urteile.

V. Rechtssetzungs- und weiterer Klärungsbedarf

A. Ausgestaltung und Normierung der abstrakten Normenkontrolle von Notverordnungen

Die parlamentarische Initiative 20.430⁸⁵ will die Aufgabe der gerichtlichen Überprüfung «dem Bundesgericht eventualiter einer spezifischen gerichtlichen Instanz» übertragen. Die Zuständigkeit des Bundesgerichts ist zu favorisieren, zumal dieses rasch agieren könnte und über eine hohe Legitimation sowie über Vertrautheit sowohl mit der akzesorischen Überprüfung von Verordnungsrecht des Bundes als auch der abstrakten Kontrolle kantonaler Erlasse verfügt. Aus Gründen der regelmässig bestehenden zeitlichen Dringlichkeit und dem Bedürfnis nach zeitnaher Schaffung von Rechtssicherheit ist von einem zweistufigen gerichtlichen Rechtsschutz abzusehen. Als Legitimationserfordernis zu verlangen wäre – wie im Kontext der Anfechtung kantonaler Erlasse – ein zumindest virtuelles Betroffensein.⁸⁶

Umsetzen liesse sich die Einführung einer abstrakten Normenkontrolle von Notverordnungen mittels einer Erweiterung der Beschwerdeobjekte in Art. 82 BGG um eine lit. d («Verordnungen des Bundesrats nach Art. 185 Abs. 3 BV und Verordnungen der Bundesversammlung nach Art. 173 Abs. 1 lit. c BV»). Um einen dritten Absatz, der die unmittelbare Zulässigkeit der Beschwerde gegen die erwähnten Verordnungen vorsieht, zu ergänzen wäre sodann Art. 87 BGG betreffend die Vorinstanzen bei Beschwerden gegen Erlasse. Schliesslich wäre zwecks Sicherstellung eines raschen Entscheids eine Verkürzung der Beschwerdefrist, beispielsweise auf zehn Tage ab Publikationsdatum, zu bedenken, die in Art. 101 BGG zu verankern wäre.

B. Folgefragen

Ein Ausbau des Rechtsschutzes wie vorab skizziert würde Folgefragen nach sich ziehen, deren Klärung nicht bis zur nächsten Krisensituation aufgeschoben werden sollte. Dies gilt vor allem für den Kreis der anfechtbaren Erlasse. Die im vergangenen Jahr eingereichte parlamentarische Initiative bezieht sich, wie erwähnt,⁸⁷ auf Notverordnungen des Bundesrats und der Bundesversammlung, die sich auf die Bundesverfassung stützen. Verschiedene Verordnungen im Kontext von Covid-19 haben aufgrund der unterschiedlichen und bisweilen wechselnden Bezugnahmen auf die Bundesverfassung oder Art. 7 EpG bzw. weitere Gesetzesbestimmungen im Ingress allerdings deutlich gemacht, dass Unklarheiten hinsichtlich der Grundlage entsprechender Verordnungen bestehen.⁸⁸ Um im Falle eines Ausbaus des gerichtlichen Rechtsschutzes Gewissheit über dessen Reichweite zu erhalten, wäre daher zunächst Klarheit über die Tragweite der einzelnen Ver-

85 Dazu vorne III.B.

86 Siehe zu den Anforderungen an die Legitimation bei der Erlassanfechtung statt vieler BGE 145 I 26, 30 E. 1.2; 141 I 36, 40 E. 1.2.3.

87 Siehe vorne III.B.

88 Eingehend dazu BIAGGINI, «Notrecht», S. 244 ff., insb. S. 247 f.

ordnungskompetenzen und deren gegenseitiges Verhältnis zu schaffen. Ansonsten bestünde eine gewisse Gefahr, dass der Ordnungsgeber mit der Bezeichnung der Kompetenzgrundlage den Umfang des Rechtsschutzes determiniert bzw. das Bundesgericht letztlich stärker mit Fragen der Anfechtbarkeit als mit solchen der Verfassungskonformität der getroffenen Massnahmen befasst wäre.

VI. Fazit

- 37 Wie Covid-19 deutlich vor Augen geführt hat, stellen neue gesellschaftliche Herausforderungen regelmässig auch das Recht auf die Probe und werfen die Frage auf, ob Reformen angezeigt sind. Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es dabei, die Tragfähigkeit des Rechts angesichts veränderter Bedingungen kritisch zu reflektieren und Reformvorschläge auf den Prüfstand zu stellen. Die Frage, welche Funktionen der Justiz in der Krise zukommen sollen, bildet ein aktuelles Beispiel hierfür.
- 38 Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass gute Gründe für eine Stärkung des bundesgerichtlichen Rechtsschutzes gegen Notverordnungsrecht bestehen, wenngleich der Rechtsschutz *de lege lata* den Anforderungen der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV genügt. Übersteigerte Erwartungen an den bundesgerichtlichen Rechtsschutz sind zwar nicht angezeigt. Aufgrund des eminenten Bedürfnisses nach raschem Handeln in Krisenzeiten dürfte die Gewährung der aufschiebenden Wirkung kaum je in Frage kommen. Zudem ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht seine Prüfungsdichte bei Regelungsgegenständen, die einschlägiges Spezialwissen bedingen, regelmässig reduzieren würde. Nichtsdestoweniger würde mit der Möglichkeit einer abstrakten Normenkontrolle gegen Notverordnungen eine rasche höchstrichterliche Überprüfung von mitunter schweren Grundrechtseingriffen, insbesondere mit Blick auf deren Verhältnismässigkeit, ermöglicht und dadurch der Individualrechtsschutz gestärkt. Zudem würde in einer Situation der Machtverschiebung zugunsten der Exekutive ein wichtiges Element der Gewaltenhemmung etabliert, welches die diesbezüglichen Aufgaben des Parlaments ergänzt.

Literatur

- BERNARD, FRÉDÉRIC, Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux, Sicherheit & Recht 2020, S. 130 ff.
- BIAGGINI, GIOVANNI, Kommentar BV, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Kommentar BV).
- BIAGGINI, GIOVANNI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus. Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121 (2020), S. 277 ff. (zit. «Notrecht»).
- BRUNNER, FLORIAN/WILHELM, MARTIN/UHLMANN, FELIX, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts. Überlegungen zu einer ausserordentlichen ausserordentlichen Lage, AJP 2020, S. 685 ff.
- CARONI, ANDREA/SCHMID, STEFAN G., Notstand im Bundeshaus. Die Rolle der Bundesversammlung in der (Corona-)Krise, AJP 2020, S. 710 ff.
- DOLESCHAL, RALPH DAVID, Die abstrakte Normenkontrolle in den Kantonen, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2019.

- EHRENZELLER, BERNHARD/SCHINDLER, BENJAMIN/SCHWEIZER, RAINER J./VALLENDER, KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung. St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2014 (zit. AUTOR, in: SG-Kommentar BV).
- GERBER, KASPAR, Rechtsschutz bei Massnahmen des Bundesrats zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie, *sui-generis* 2020, S. 249 ff.
- HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN/THURNHERR, DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020.
- HÄFELIN, ULRICH/MÜLLER, GEORG/UHLMANN, FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St.Gallen 2020.
- HÄNER, ISABELLE/LANZ KNEISSLER, KATHRIN, Verfahrensfragen: Rechtsschutz gegen die COVID-19-Verordnungen, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), Covid 19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 845 ff. (§ 25 Rz. 112 ff.).
- KIENER, REGINA/RÜTSCHKE, BERNHARD/KUHN, MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen 2021.
- KLEY, ANDREAS, «Ausserordentliche Situationen verlangen nach ausserordentlichen Lösungen.», Ein staatsrechtliches Lehrstück zu Art. 7 EpG und Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 121 (2020) S. 268 ff.
- MÖCKLI, DANIEL, Grundrechte in Zeiten von Corona, ZBl 121 (2020), S. 237 ff.
- NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX, PETER/WIPRÄCHTIGER, HANS/KNEUBÜHLER, LORENZ (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. AUTOR, in: BSK BGG).
- RASCHÈR, ANDREA F.G./UHLIG, KAI-PETER/NEESER, MARCO, Kultur, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), Covid 19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 247 ff.
- RECHSTEINER, DAVID, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen. Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Diss. St.Gallen, Zürich/St.Gallen 2016.
- RHINOW, RENÉ/KOLLER, HEINRICH/KISS, CHRISTINA/THURNHERR, DANIELA/BRÜHL-MOSER, DENISE, Öffentliches Prozessrecht. Grundlagen und Bundesrechtspflege, 4. Aufl., Basel 2021.
- SPORI, MARION, Vereinbarkeit des Erfordernisses des aktuellen schutzwürdigen Interesses mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK, *AJP* 2008, S. 147 ff.
- STÖCKLI, ANDREAS, Regierung und Parlament in Pandemiezeiten, *ZSR Sondernummer* 2020, Pandemie und Recht: Beitrag des Rechts zur Bewältigung einer globalen Krise, S. 9 ff. (zit. Pandemiezeiten).
- STÖCKLI, ANDREAS, Gewaltenteilung in ausserordentlichen Lagen – quo vadis?. Lehren aus der Corona-Krise, *Jusletter* vom 15. Februar 2021 (zit. Gewaltenteilung).
- STÖCKLI, ANDREAS/BELSER, EVA MARIA/WALDMANN, BERNHARD, Gewaltenteilung in Pandemiezeiten, *NZZ* vom 26. Mai 2000, S. 8.
- TRÜMPLER, RALPH/UHLMANN, FELIX, Problemstellungen und Lehren aus der Corona-Krise aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), Covid 19 – Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 567 ff. (§ 19).
- UHLMANN, FELIX/BIAGGINI, GIOVANNI, Rechtsschutzlücken: Evaluation der Wirksamkeit der neuen Bundesrechtspflege. Teilprojekt Rechtsschutzlücken. Schlussbericht, Zürich 2013.
- UHLMANN, FELIX/WILHELM, MARTIN, Verwaltungsrechtliche Herausforderungen, in: Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.), *Notrecht in der Corona-Krise*. 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St.Gallen 2021, S. 49 ff.
- WALDMANN, BERNHARD, Staatsrechtliche Herausforderungen, in: Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.), *Notrecht in der Corona-Krise*. 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St.Gallen 2021, S. 3 ff.

WILHELM, MARTIN/UHLMANN, FELIX, Herausforderung für Parlamente in der Corona-Krise – Versuch eines Überblicks, *Parlament* 2/2020, S. 4 ff.

ZIMMERLI, ULRICH, Verfassungsgerichtsbarkeit, *ZSR* 121 (2002) I, S. 445 ff.

ZÜND, ANDREAS/ERRASS, CHRISTOPH, Pandemie – Justiz – Menschenrechte, *ZSR* Sondernummer 2020, Pandemie und Recht: Beitrag des Rechts zur Bewältigung einer globalen Krise, S. 69 ff.

Epilog – Spoken Words von Stefanie Grob

Corona-Wissen Symposium Special

Stefanie Grob

Wussten Sie, dass es eine katholische Heilige gibt, die Corona heisst und dass die heilige Corona ohne Witz die Schutzgöttin ist vor grossen Seuchen?

Wussten Sie, dass im 1. Lockdown ein junger Deutscher in ein Hallenbad eingebrochen war und seelenruhig seine Runden zog, bis ihn die Polizei gewaltsam aus dem Wasser holte?

Dass laut einer chinesischen Studie 73 Prozent aller Menschen im Lockdown an Gewicht zulegen?

Dass wenn man den Kopf gegen eine Wand schlägt, man in der Stunde 150 Kalorien verbrennt?

Wussten Sie, dass die Verpackung von Cornflakes mehr Nährstoffe enthält, als die Cornflakes in ihr drin?

Wussten Sie, dass laut dem Referat von Caroline Hess-Klein die IKEA insofern behindertenfeindlich ist, als dass sie eine «Maskenpflicht ohne Ausnahme» verordnet, was jeglicher gesetzlicher Grundlage entbehrt, und gewisse Menschen mit Behinderung ausschliesst?

Wussten Sie, dass in der Schweiz laut dem Referat von Kurt Pärli, die Kurzarbeits-Entschädigung ganze 11 Milliarden Franken kostete?

Und dass es – laut SchKG-Referat von Daniel Staehelin – nur 27 Covid-19-Stunden gab, weil so viel Geld verteilt wurde, dass es zu quasi keinen Insolvenzen kam?

Wussten Sie, dass eine Frau in Pennsylvania absichtlich über Früchte gehustet hat und dass diese dann alle – im Wert von 35 000 Franken – weggeworfen werden mussten und dass die Frau wegen Terrorismus angeklagt wurde?

Dass – erneut laut Kurt Pärli – wenn man Corona-Fälle nach Postleitzahlen anschaut, man deutlich sieht, dass in reichen Gegenden mehr getestet und weniger gestorben wird, während in ärmeren Gebieten die Leute umso eher erkranken und wegsterben?

Wussten Sie, dass im März vor einem Jahr ein Hong-Kong-Chinese einen Lieferanten mit 600 WC-Papier-Packungen überfiel?

Dass – ebenfalls im Frühling 2020 – in Zürich die Glascontainer an ihre Kapazitätsgrenze stiessen, weil 23 Prozent mehr aus Flaschen konsumiert wurde als in der Vorjahresperiode?

Wussten Sie, dass 23 Prozent aller Fotokopier-Apparate-Schäden weltweit entstehen, weil Leute sich draufsetzen, um ihren nackten Arsch zu fotokopieren?

Wussten Sie, dass laut dem Referat von Bijan Fateh-Moghadam bei den Triage-Richtlinien so unterschiedliche ethische, rechtswissenschaftliche, ökonomische und medizinische Aspekte aufeinandertreffen, dass das Stimmengewirr Stammtisch-Niveau annehmen kann?

Und dass man in der Schweiz – während den höchsten Ansteckungszahlen – bereits PatientInnen die Behandlung verweigerte, obwohl noch 500 reguläre Intensivbetten freistanden?

Wussten Sie, dass Reinigungs-Firmen zu den grossen Corona-VerliererInnen zählen, weil im Homeoffice niemand mehr saubere Hemden braucht?

Dass laut einer Studie von der FHNW und der ZHAW 70% aller Befragten im Homeoffice zufrieden sind und auch nach Corona vermehrt von zuhause arbeiten möchten?

Dass Anatiden-Phobie der Fachbegriff ist für die Angst, von einer Ente beobachtet zu werden?

Dass die Frauen in Nordsibirien wenn sie flirteten den Männern Feldschnecken anwerfen?

Wussten Sie, dass es in Zürich von März 2020 bis Februar 2021 mehr als 400 Verurteilungen wegen Corona-Verstössen gab und dass in den meisten Fällen gegen das Versammlungsverbot oder die Abstandsregelung verstossen wurde?

Wussten Sie, dass laut Rechtsschutz-Referat von Daniela Thurnherr der Bundesrat nachweislich bei der Kultur geschlampt hat?

Und dass das Papiertaschentuch versehentlich erfunden wurde, weil jemand einen Filter für Gasmasken entwickeln wollte?

Das haben Sie nicht gewusst?

Jetzt wissen Sies!

Corona – alles was Recht ist

Stefanie Grob

Ja, Gesetzentwicklung und Jurisprudenz
Da läuft Jahrzehnte alles geordnet und plötzlich – PANDEMIE – brennt's!
Die ganz grosse Hektik, die volle Intellektik
Eine neue Covid-Verordnung muss her
Und zwar ratz-fatz bitte sehr
Vorneweg checken «was fällt unter alten Straftatbestand?»
Und ist ethisch alles auf der Höhe von Immanuel Kant?

Tötungsversuche sind bei Corona sekundär
Weil den Nachweis erbringen ist halt sehr schwer
Ist nicht wie bei Aids wo man sich aussucht mit wem man ins Bett
Aerosole teilt man sich mit jedem und zwar komplett
Natürlich wer trotz positivem Test unter Leute geht
In diabolischer Absicht was man als Mordversuch versteht
Aber meist ist es Fahrlässigkeit bis Unwissenheit
Was neue Infektionen reinschneit
Also besser handelt man gescheit
Nur: Dummheit wird nicht wirklich geahndet nach Strafgesetzbuch
Auch deshalb grassiert die Pandemie munter weiter wie ein Fluch
Erste Welle, zweite Welle, dritte Welle
Versammlungsverbot – auch das auf die Schnelle!
Für die Maskenpflicht bleibt etwas länger Zeit
Ruhig ausarbeiten, der Bund hält ja eh keine Masken bereit
Keine eingelagert tief im Bunker
Und drum wochenlang Geflunker
Masken würden gar nichts nützen
Zum sich gegen Tröpfchen schützen
Aber kaum konnte man dann welche kaufen
Durfte man nicht mehr ohne laufen
Nicht im Bahnhof und nicht beim Einkaufen
Knapp noch grad beim Biersaufen
Aber nur auf der Terrasse
Für Restaurants gelten Erlasse

In den Teillockdowns dann sowieso alles dicht
In den Spitälern Sonderschicht

Überzeit und Überstunden
Wo wird Pflegepersonal gefunden
(Am besten unter den Gesunden)

Und die Rechtsstreite ums Homeoffice
Die Firma hat ums Budget Schiss
Sie zahlt Mietanteil ans Heimbüro
Und das Netz-Abo sowieso
Und die Arbeitszeiten gleiten
Die Firma fürchtet, dass sie leiden
Und sie gleiten, gleiten, gleiten
Die Arbeitszeiten gleiten weiter

Und wann ist diese Pandemie vrbii?!
Ja vergeht die denn niie
Die Pandemie?

Mit zu viel kontrollieren
Kann man als Firma nur verlieren
Stichwort Persönlichkeitsschutz
Das ist von grossem Nutzen
für den faulen Arbeitnehmer
Für den ist Homeoffice bequemer
Aber wer Familie hat
Ist nicht erst abends platt
Ganztags kaputt und auf den Felgen
Im Kopfkino in Ferien schwelgen
Wenn das Betriebsklima zu Schüben führt wie eine Haut-Allergie
Wer bezahlt mir wegen Homeoffice die Paar-Therapie?!
Übernimmt die Krankenkasse den Wunsch nach der Sofort-Vasektomie?

Und überhaupt wann ist die Pandemie vrbii?
Ja vergeht die denn niie
Die Pandemie?

Und dann gibt's die, deren Job eingestellt
Erwerbsersatz fordern oder gleich Sozialhilfegeld?
Die Formulare welch ein Dschungel
Im Kopf ein Surren wie zehn Hummel
Nix Erholung durch Stadtbummel
Lockdown für entjobbte Single

Geht es eigentlich noch schlimmer?
Immer nur mit sich im Zimmer!
Wer jetzt allein ist, wird es lange bleiben
Wird wachen, lesen, lange E-Mails schreiben
Sich die Zeit mit Podcasts vertreiben
Und trotzdem unterlaunt bleiben
Was bleibt?
Vielleicht Corona-Leugner werden
Maskenlos an Demos gehen und andere gefährden?
Die Tante ohne Test besuchen und ihr zusehen beim Sterben
Und – weils die kinderlose Tante ist – gross erben!
Sich einen Hometrainer erwerben
Und immer weiter ins Verderben

Wann ist diese Pandemie vrbii?!
Ja vergeht denn die niie
Die Pandemie?

Aber was vergeht ist dieser Text zu Recht und Corona
Ich möcht euch jetzt mit weiteren Strophen verschona
Dieses Gedicht ist jetzt vrbii
Das isch äs gsii from mee

Die Corona-Krise ist auch in rechtlicher Hinsicht aussergewöhnlich: Der Bundesrat regierte mit Notrecht, die parlamentarische Arbeit wurde ausgesetzt und Volksabstimmungen wurden verschoben. Die Bevölkerung, Organisationen und Institutionen waren und sind davon unmittelbar betroffen. In der besonderen Lage (seit Juni 2020) beeinflussen Covid-19-Massnahmen das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben. Die Rechtswissenschaft hat dabei die Aufgabe, die innert kurzer Zeitspannen in Kraft gesetzten Erlasse einzuordnen, zu analysieren und zu Anwendungs- und Auslegungsfragen Stellung zu beziehen. Der Tagungsband hält die Referate des Online-Symposiums #iuscoronae vom 3. Mai 2021 in einer Momentaufnahme fest und präsentiert die Vielfältigkeit der an der Fakultät geleisteten Forschungsarbeit. Die Beiträge beleuchten die Rechtslage in der Krise aus unterschiedlicher Perspektive: Während aus straf-, sozial- und selbstverständlich aus staatsrechtlicher Sicht zahlreiche verfassungsrechtliche Fragestellungen diskutiert werden, werden auch Grundsatzfragen des Vertragsrechts sowie zum interdisziplinären Diskurs besprochen.

Die Orientierungsplattform #iuscoronae (ius.unibas.ch/iuscoronae) bietet darüber hinaus eine breite Übersicht über die wissenschaftliche Auseinandersetzung an der Juristischen Fakultät der Universität Basel mit der ausserordentlichen Rechtslage in der Corona-Krise.



ISBN 978-3-7190-4534-0

